

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO E SEPARAÇÃO DE
PODERES NA DEFESA E PROMOÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

PATRÍCIA FALCÃO GANDRA

**MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
PERFIL: DIREITO CONSTITUCIONAL**

**Lisboa
2017**

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO E SEPARAÇÃO DE
PODERES NA DEFESA E PROMOÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

PATRÍCIA FALCÃO GANDRA

**DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO PROFESSOR DOUTOR JORGE REIS
NOVAIS**

**MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
PERFIL: DIREITO CONSTITUCIONAL**

**Lisboa
2017**

PATRÍCIA FALCÃO GANDRA

**PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO E SEPARAÇÃO DE
PODERES NA DEFESA E PROMOÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Gabinete de Estudos Pós-Graduados da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito para outorga do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Professor Doutor Jorge Reis Novais.

Avaliada em: ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Jorge Reis Novais
Orientador

Professor (a) Doutor (a)

Professor (a) Doutor (a)

Professor (a) Doutor (a)

À minha filha, Nina.

Ao meu marido, Alan.

Presença imanente no meu caminho.

Amor.

Aos meus pais, Zita e Falcão.

À minha irmã, Paula.

A distância (*física*) nunca diminuiu nosso amor e união.

Toda a minha admiração
ao Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal,
Professor Doutor Eros Roberto Grau,
que exerceu, no campo da realidade e efetividade, seu compromisso com a
Constituição, honrando seu nobre e merecido Ofício, como um dos onze Ministros
da Suprema Corte brasileira.

Logo – e impreterivelmente – à sua amada esposa Tania.

De nada valem as ideias sem homens que possam pô-las em prática.

Karl Marx

RESUMO

Direitos fundamentais e *separação de poderes* (equilíbrio), ainda hoje, representam a ideia de Constituição. Enquanto a tripartição e a organização dos poderes revelam a imagem do Estado, os direitos fundamentais retratam a Sociedade.

Os direitos fundamentais estão no centro dos atuais debates constitucionais, cuja complexidade envolve fatores sociais do poder, expostos a constantes variações e dependentes de relevante grau interpretativo.

É facilmente constatável que ainda persistem graves violações aos direitos fundamentais de pessoas pertencentes a minorias (étnicas, linguísticas, religiosas etc.), embora já tenha a História demonstrado inúmeros casos que evidenciam que a discriminação das minorias e o menosprezo das suas necessidades legítimas podem acarretar graves conflitos humanitários.

Objetiva-se, nesta pesquisa, por meio da análise da atuação do princípio contramajoritário e da separação de poderes, sempre no campo da realidade, investigar as possibilidades efetivas de defesa e promoção dos direitos fundamentais.

Assim, propõe-se a análise de um caso concreto, no qual o Supremo Tribunal Federal, ainda que a título liminar (uma vez que apenas o pedido de medida cautelar foi apreciado, aguardando-se, agora, com expectativas, a decisão final), afirmou os direitos fundamentais dos presidiários, grupo minoritário e vulnerável, repudiando o verdadeiro *estado de coisas inconstitucional* em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro.

A pesquisa proporciona uma reflexão sobre as significativas mudanças ocorridas na concepção da separação dos poderes e dos direitos fundamentais dos cidadãos, cuja garantia, ressalta-se, continua a ser entendida como fim essencial do Estado social e democrático de Direito. Também propõe a análise do desenvolvimento dos novos mecanismos de limitação efetiva do Poder, que não existiam ou não eram valorizados na vigência do Estado liberal, como o reconhecimento e encorajamento dos direitos das minorias.

Por fim, a apreciação da relação entre a efetividade material dos direitos fundamentais e a escassez de recursos inevitavelmente conduzirá ao questionamento: será utópica a efetividade da Constituição?

Palavras-chave: Constituição; Direitos Fundamentais; Princípio Contramajoritário; Realidade; Separação de Poderes.

ABSTRACT

Fundamental rights and *separation of powers* (balance), still today, represent the idea of Constitution. While the tripartite and the organization of powers reveal the image of the State, fundamental rights portray the Society.

The fundamental rights have become the current center of constitutional debates, whose complexity involves social factors of power, exposed to constant variations and dependent on a relevant interpretative degree.

It is readily apparent that serious violations of the fundamental rights of persons belonging to minorities (ethnic, linguistic, religious, etc.) still persist, although the History has already shown numerous cases which demonstrate that discrimination against minorities and the neglect of their legitimate needs can cause serious humanitarian conflicts.

The objective of this master's thesis is to analyze the performance of the countermajoritarian principle and the separation of powers, always in the field of reality, to investigate the effective possibilities of defending and promoting fundamental rights.

So, it is proposed the analysis of a concrete case, in which the Supreme Court, even though preliminarily (since only the injunction was judged, awaiting the final decision), affirmed the fundamental rights of prisoners, a minority and vulnerable group, repudiating the true "unconstitutional state of things" of Brazilian's penitentiary system.

The academic research provides a reflection on the significant changes about the conception of the separation of the powers and the fundamental rights of citizens, whose guarantee, it is emphasized, continues to be understood as an essential purpose of the social and democratic "State of Law". It also proposes the development analysis of the new mechanisms of effective limitation of power, that did not exist or were not valued during the liberal State, such as the recognition and encouragement of minority rights.

Finally, the observation of the relation between the fundamental rights's material effectiveness and the financial resource's scarcity inevitably will lead to the question: is the effectiveness of the Constitution an utopia?

Keywords: Constitution; Fundamental rights; Countermajority Principle; Reality; Separation of Powers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – Constituição: Direitos Fundamentais e Separação de Poderes	21
1. Evolução Constitucional do Brasil	25
2. Separação de Poderes	31
2.1. Ingerência entre os Poderes	33
2.2. Sistemas Políticos	35
2.3. Percepções de Hamilton sobre a separação de poderes e o Poder Judiciário – – O Federalista nº 78	37
2.4. Separação de Poderes e Poder Judiciário nos Estados Unidos da América	39
2.5. Separação de Poderes e Poder Judiciário no Brasil	43
3. Direitos Fundamentais	49
3.1. A Evolução dos Direitos Fundamentais em Dimensões Sucessivas	51
3.2. Elenco dos Direitos Fundamentais	56
3.3. Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais	58
3.4. Constitucionalização dos Direitos Fundamentais	61
3.5. Vinculação dos Poderes Constituídos aos Direitos Fundamentais	69
4. O Novo Constitucionalismo	72
CAPÍTULO II – A atuação do Princípio Contramajoritário na realização dos Direitos Fundamentais	75
1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347/DF – Sistema Carcerário Brasileiro: <i>estado de coisas inconstitucional</i> e violação de direitos fundamentais	81
2. Considerações sobre a Democracia à luz do Princípio Contramajoritário aplicado na ADPF 347/DF	85
2.1. Democracia e o Princípio da Maioria	86
2.2. Concepções de Democracia	90
2.3. Princípio Democrático e Estado de Direito (Direitos Fundamentais)	95

2.4. A concepção de integração entre Democracia e Direitos Fundamentais	97
2.5. O cenário de enfrentamento entre Democracia e Constitucionalismo	100
3. A Concepção dos Direitos Fundamentais como Trunfos contra a Maioria aplicada na ADPF 347/DF	104
3.1. Origem e Perspectiva Constitucional da Ideia dos Trunfos	105
3.2. Fundamentos da aplicação da Metáfora dos Trunfos aos Direitos Fundamentais dos Presos	109
CAPÍTULO III – Separação de Poderes na concretização dos Direitos Fundamentais Sociais	115
1. Estado Social e Democrático de Direito	117
1.1. Transformações na área dos Direitos Fundamentais	119
1.2. Mudanças no campo da Separação de Poderes	121
1.3. O Estado Social e as regras da Democracia Política	131
1.4. Alterações na concepção dos Deveres Estatais	135
1.4.1. Respeito aos Direitos Fundamentais	137
1.4.2. Proteção dos Direitos Fundamentais	138
1.4.3. Promoção dos Direitos Fundamentais	139
1.5. Os Direitos Sociais na Ordem Constitucional Brasileira	141
1.6. Os Direitos Sociais dos Presidiários como Trunfos contra a Maioria	148
2. Separação de Poderes e Intervenção Judicial na ADPF 347/DF	153
2.1. Crítica à <i>Separação dos Poderes</i> – Ministro do STF, Prof. Dr. Eros Grau	156
2.2. Intervenção Judicial no caso de Violação Generalizada de Direitos Fundamentais	161
2.3. Efetividade Material dos Direitos Fundamentais e Escassez de Recursos	165
2.3.1. Mínimo Existencial	170
2.3.2. <i>Reserva do Possível</i>	172
3. A Constituição no quadro da Realidade	176
CONCLUSÕES	180
REFERÊNCIAS	194

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa iniciou-se a partir da percepção da necessidade imperiosa, em Estado de Direito democrático, da presença da Constituição, cuja ideia, ainda hoje, exprime direitos fundamentais e *separação de poderes* (equilíbrio).

Enquanto a tripartição e a organização dos poderes representam a imagem do Estado, os direitos fundamentais retratam a Sociedade.

A ampliação das atividades do Estado contemporâneo estabeleceu nova interpretação sobre a teoria da separação de poderes, ressaltando-se os novos modos de relacionamento entre os Poderes do Estado. Superou-se a postura de rígida divisão das funções legislativa, executiva e judicial (se é que já existiu, de fato, essa separação inflexível).

Os direitos e garantias fundamentais, a partir da perspectiva do valor da dignidade humana, revelam os anseios do homem em cada momento histórico, relacionando-se às prerrogativas básicas individuais, garantidas na medida em que cada Estado as consagra. Trata-se de condição de existência e vigência do Estado constitucional de Direito, que integra sua própria essência.

Objetiva-se, nesta pesquisa, por meio da análise da atuação do princípio contramajoritário e da separação de poderes, sempre no campo da realidade, investigar as possibilidades efetivas de defesa e promoção dos direitos fundamentais.

* * *

Inicialmente, entende-se oportuno apresentar breves esclarecimentos relativos à existência do Estado de Direito, que, por sua vez, vincula-se aos valores essenciais da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Observa-se que na Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana é adotada tanto como fundamento da República Federativa do Brasil¹, como fim da ordem econômica².

¹ **Art. 1º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (grifo meu)

Logo, como explica o Professor Doutor Eros Roberto Grau, enquanto estiver a dignidade da pessoa humana assegurada ao lado dos demais fundamentos (soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político), a República Federativa do Brasil define-se como entidade política constitucionalmente organizada³.

Quanto à ordem econômica (leia-se: mundo do ser, relações econômicas ou atividades econômicas), ressalta que há que ser dinamizada, tendo em vista a promoção da existência digna a que todos devem usufruir⁴.

Avançando para concepção de Estado Constitucional moderno, ressalta-se que sua nova imagem não se restringe ao conceito de Estado de Direito, mas retrata uma ordem de domínio corroborada pelo povo, onde o poder estatal é estruturado e exercido em termos democráticos, revelando a ideia de *Estado de Direito democrático*⁵.

Nota-se que o componente “democrático” não foi inserido apenas para limitar o poder, mas pela necessidade de o legitimar. Somente o princípio da soberania popular (“todo poder vem do povo”) garante a participação igualitária na elaboração democrática da vontade popular e, após concretizado conforme os procedimentos juridicamente regulados, reflete a relação entre *Estado de Direito* e *Estado democrático*, oportunizando a compreensão da moderna fórmula *Estado de Direito democrático*⁶.

Assim, Estado de Direito democrático é aquele que reconhece os direitos fundamentais num panorama de regime democrático⁷.

Nesse âmbito, encontra-se uma diferença formal entre as Constituições portuguesa e brasileira. Enquanto a primeira empregou o vocábulo “democrático” para qualificar o Direito (*Estado de Direito democrático*), a segunda o utilizou para qualificar o Estado (*Estado Democrático de Direito*).

Conforme explica o Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, a fórmula aplicada no artigo 2º da Carta Portuguesa de 1976 “significa que o Estado de direito é

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 08 maio 2017.

² **Caput, art. 170, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 08 maio 2017.

³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1998 (interpretação e crítica)**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 192.

⁴ Idem, ibidem.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 97-98.

⁶ Idem, p. 100.

⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 8.

democrático; é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é democrático”⁸. Portanto há uma *democracia de Estado de direito* e um *Estado de direito de democracia*⁹.

Já no entender do Professor Doutor José Afonso da Silva, a configuração do *Estado democrático de Direito* consiste na criação de um conceito novo que não só abarca as concepções de seus elementos, mas as supera na medida em que adiciona um componente revolucionário de transformação da atual conjuntura. Assim, revela-se a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, que dispôs que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado democrático de Direito* não como mera promessa de organização do Estado, haja vista a Carta já o estar proclamando e fundando¹⁰.

Observa-se que o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹¹ dispõe que:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (grifo meu)

Nesse sentido, na perspectiva do Douto Constitucionalista José Afonso da Silva, a Carta brasileira emprega adequadamente o vocábulo "democrático" para qualificar o Estado, propagando os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, conseqüentemente, sobre a ordem jurídica. Assim, o Direito ajusta-se melhor ao interesse popular¹².

Contudo, o Douto Jurista brasileiro reconhece que a Constituição portuguesa forneceu ao Estado de Direito democrático o conteúdo básico que a doutrina confere ao Estado democrático de Direito¹³, como pode-se depreender da leitura do seu artigo 2º¹⁴:

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 11.

⁹ Idem, ibidem.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 121.

¹¹ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 29 março 2017.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito**..., ob. cit., p. 121.

¹³ Idem, ibidem.

"A República Portuguesa é um **Estado de direito democrático**, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa." (grifo meu)

Diante dos argumentos expostos, pode-se concluir que, apesar de ser a Constituição um Direito criado pelo Estado, esse último fica juridicamente obrigado a cumpri-la. Assim como todos os cidadãos sujeitam-se ao cumprimento das leis, o próprio Estado e os poderes públicos, enquanto destinatários da Constituição, subordinam-se juridicamente à sua observância¹⁵.

Então, como ensina o Professor Doutor Jorge Reis Novais, o Estado é de Direito, o que exprime que ele próprio está subordinado aos direitos fundamentais e ao império da lei¹⁶.

Diante da força da Constituição, o Estado pode figurar como pessoa jurídica que se relaciona com as demais sob o império do Direito, devendo agir com boa-fé, de forma a respeitar os compromissos que assume, conforme os direitos e os princípios constitucionais a que se vincula¹⁷.

Conclui-se, assim, que a democracia constitucional é, impreterivelmente, Estado de Direito e, especialmente numa Constituição como a brasileira, Estado social e democrático de Direito, como se perceberá ao longo da pesquisa.

* * *

Dito isso, propõe-se, inicialmente, uma reflexão geral sobre separação de poderes e direitos fundamentais que, repita-se, ainda hoje correspondem à ideia de Constituição.

Visando uma adequada compreensão sobre a realidade constitucional do Brasil, especialmente depois da promulgação da Carta Magna de 5 de outubro de 1988, o primeiro capítulo percorrerá os períodos da história constitucional brasileira para, em seguida, adentrar nos aspectos gerais da separação de poderes, cuja doutrina foi introduzida no país pela exposição de Montesquieu.

¹⁴ Disponível em < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> > Acesso em 29 março 2017.

¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 26.

¹⁶ Idem, ibidem.

¹⁷ Idem, ibidem.

Diante da constatação de que esse nobre filósofo francês já pressupunha exceção ao princípio da separação de poderes, passar-se-á a uma análise primária sobre a ingerência entre os Poderes.

Ainda no domínio da separação dos poderes, que por sua vez também se encontra na base do presidencialismo, serão mencionadas algumas questões sobre o sistema político adotado no Brasil.

Em seguida, serão lembradas as percepções de Hamilton sobre a atuação do Poder Judiciário diante da separação de poderes e destacadas as inovações constitucionais provenientes dos Estados Unidos da América.

Será, também, apresentada uma análise da estrutura do Poder Judiciário no Estado federativo brasileiro, considerando-se as particularidades quanto à composição, seleção dos juízes e estruturação das carreiras. Após, será apreciado como a separação de poderes atua na Constituição do Brasil, que previu a independência e harmonia dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário dentre seus princípios fundamentais.

Destaca-se que na ordem jurídica brasileira, o Ministério Público não está integrado na função judicial. Conforme dispõe a Constituição de 1988, trata-se de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”¹⁸.

Adentrando-se no domínio dos direitos fundamentais, observar-se-á que são eles o atual centro dos debates constitucionais, cuja complexidade envolve fatores sociais do poder, expostos a constantes variações e dependentes de relevante grau interpretativo.

Abordar-se á, primeiramente, a perspectiva histórica da evolução dos direitos fundamentais em dimensões, o que proporcionará a compreensão do momento social em que surgiram. Observar-se-á que a história dos direitos fundamentais é a mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de instrumentos que proporcionam a concretização de valores, cuja identidade encontra-se primeiro na sociedade e não nos domínios do poder estatal.

A presença da constitucionalização dos direitos fundamentais, uma das características do Estado de Direito democrático, no ordenamento jurídico brasileiro, também será observada, uma vez que as normas acolhidas impõe-se a todos os poderes constituídos, até mesmo ao poder de reforma da Constituição.

¹⁸ Cfr. art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 16 dezembro 2016.

Observa-se que a declaração de direitos inserida Carta Magna brasileira de 1988 é a mais abrangente de todas as anteriores. Se por um lado trata das liberdades públicas clássicas, realçando os direitos relativos à matéria penal, por outro, apresenta inovações, quando, por exemplo, consagra o direito de informação e a defesa do consumidor. Além serem reconhecidos os *direitos e deveres individuais e coletivos*, há um capítulo que define os direitos sociais que, desde 1934, estavam inseridos no capítulo da *Ordem Econômica e Social*.

O primeiro capítulo finalizará com a anotação sobre a reconstrução do constitucionalismo, que trouxe intensas alterações nas instituições, nos métodos e nas percepções de um Direito Constitucional que avança, inspirado na experiência herdada pelo movimento constitucional que guiou as revoluções liberais.

* * *

Apesar de terem sido revelados pela História inúmeros casos que evidenciam que a discriminação das minorias e o menosprezo das suas necessidades legítimas podem acarretar graves conflitos humanitários, ainda hoje persistem graves violações aos direitos fundamentais de pessoas pertencentes a minorias étnicas, linguísticas, religiosas, dentre outras.

Felizmente, no Brasil, os últimos dez anos foram propícios para os integrantes de minorias e grupos vulneráveis, que presenciaram a afirmação de seus direitos fundamentais, por meio de decisões do Supremo Tribunal Federal que garantiram a autonomia dos cidadãos.

Uma vez que o intuito da pesquisa é a investigação da realização dos direitos fundamentais, fora do campo da utopia, entende-se vantajoso o estudo prático do princípio contramajoritário por meio da análise de um caso concreto.

Destaca-se, então, o julgamento da medida cautelar requerida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, ocorrido em 9 de setembro de 2015, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um verdadeiro *estado de coisas inconstitucional*, com disseminada violência dos direitos fundamentais dos presos, ocasionado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar o atual contexto.

Nos termos utilizados pelo Relator do Julgado, Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio¹⁹:

¹⁹ Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal – ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em <

Esta arguição envolve a problemática do dever de o Poder Público realizar melhorias em presídios ou construir novos com a finalidade de reduzir o déficit de vagas prisionais. Vai além: versa a interpretação e a aplicação das leis penais e processuais de modo a minimizar a crise carcerária, implantar a forma eficiente de utilização dos recursos orçamentários que compõem o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e o dever de elaboração, pela União, estados e Distrito Federal, de planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e acabar com a violação de direitos fundamentais dos presos sujeitos às condições de superlotação carcerária, acomodações insalubres e falta de acesso a direitos básicos, como saúde, educação, alimentação saudável, trabalho, assistência jurídica, indispensáveis a uma vida minimamente digna e segura.

A Corte concedeu parcialmente a medida cautelar, determinando que juízes e Tribunais de todo o país implementassem, no prazo máximo de 90 dias, audiência de custódia e que a União liberasse, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização conforme a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de efetuar novos contingenciamentos. O julgamento do mérito é aguardado, com expectativas, considerando-se que a concepção do *estado de coisas inconstitucional* poderá assinalar a relação entre os três Poderes e a promoção dos direitos fundamentais por meio da realização de políticas públicas.

Assim, partindo da análise dessa decisão paradigmática, em que o Supremo Tribunal Federal declarou os direitos das minorias, analisar-se-á, no segundo capítulo, o desempenho do princípio contramajoritário, especificamente, nos contornos do caso concreto em estudo.

Diante do entendimento segundo o qual a proteção das minorias assenta-se no princípio democrático, serão apresentadas, com base na observação da aplicação do princípio contramajoritário na ADPF 347/DF, considerações acerca da democracia relacionadas ao princípio da maioria, bem como concepções que analisam a essência desse regime político.

Em seguida, diante da constatação de que a proteção às minorias e aos grupos vulneráveis corresponde a um fundamento imprescindível à plena legitimação do Estado de Direito democrático, analisar-se-ão dois entendimentos opostos: o que sustenta integração e o que demonstra tensão potencial entre Estado de Direito (ou, caso se prefira, direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito é juridicamente vinculado ao respeito, à proteção e à promoção dos direitos fundamentais) e democracia ou entre constitucionalismo e democracia, como por vezes denominado.

A partir desses entendimentos, estar-se-á em condições ótimas para a análise da aplicação da estratégia, proposta pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais, de evidenciação do

conflito entre os princípios democrático e do Estado de Direito, à luz da concepção dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria.

Será verificada a adequação e a vantagem da utilização da metáfora dos trunfos aos direitos fundamentais dos presidiários, grupo minoritário e repudiado pela sociedade, no Estado de Direito democrático brasileiro, que reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana e garante a vinculação e a indisponibilidade dos direitos por parte do Estado e de suas entidades públicas.

* * *

Prosseguindo na análise da medida liminar concedida parcialmente na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, o terceiro capítulo analisará a separação de poderes nos contornos do julgado em análise.

O atual cenário brasileiro revela que, não raramente, em todo o país, são proferidas decisões judiciais que fixam a entrega de prestações materiais, relativas a direitos sociais constitucionalmente positivados, aos jurisdicionados, demonstrando a superação da concepção, decorrente da separação de poderes, de que eram indevidas interferências, realizadas pelo Poder Judiciário, nos domínios do Legislativo e Executivo, que resultassem no controle das políticas públicas de efetivação dos direitos sociais.

Não obstante, inevitável observar que dessa inovação resultaram algumas questões complexas, como a relacionada ao quadro de escassez de recursos existentes na sociedade, já que o atendimento aos direitos sociais demanda custos.

Nesse sentido, examinar-se-á a caracterização do Estado social e democrático de Direito do século XX que, além de dar continuidade ao legado fundamental do Estado de Direito liberal, se adapta aos novos valores, alterando substancialmente seus elementos no que se relaciona às percepções sobre os direitos fundamentais e a divisão de poderes.

A nova estrutura dos direitos fundamentais dos cidadãos, cuja garantia continua a ser entendida como fim essencial do Estado social e democrático de Direito, promoveu mudanças significativas em sua concepção, bem como nas técnicas de proteção, motivo pelo qual serão apreciadas as alterações ocorridas no cenário dos direitos fundamentais e da separação dos poderes.

Observar-se-á que a anterior postura de rígida divisão das funções legislativa, executiva e judicial foi superada, se é que, de fato, existiu essa separação inflexível. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo estabeleceu nova interpretação sobre a

teoria da separação de poderes, bem como novos modos de relacionamento entre os órgãos do Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário.

Nesse contexto, também será verificado o desenvolvimento de novos mecanismos de limitação efetiva do Poder, que não existiam ou não eram valorizados na vigência do Estado liberal, como o reconhecimento e encorajamento dos direitos das minorias, tal e qual retratado no julgado em análise, que discute os direitos dos presidiários, grupo minoritário e repudiado pela sociedade.

Nova abordagem sobre o aprimoramento da dimensão pluralista e democrática também será relevante, já que dela provém a legitimidade do Estado de Direito social e uma vez que o ambiente democrático também é exigência do contemporâneo Estado de Direito, que somente consegue realizar e proteger plenamente os direitos fundamentais, resultantes da atual concepção da dignidade da pessoa humana, com o reconhecimento integral dos direitos de participação política.

Considerando, ainda, que a modificação da concepção constitucional, decorrente da sucessão do Estado liberal pelo Estado social e democrático de Direito, proporcionou a inclusão dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais, imprescindível a observação da transformação universal na concepção dos deveres estatais no âmbito dos direitos fundamentais.

O raciocínio prosseguirá com a observação dos direitos sociais no ordenamento jurídico nacional. Demonstrar-se-á que a evolução constitucional brasileira, desde outubro de 1988 revela, tanto no âmbito doutrinário quanto no jurisprudencial, a construção de uma prática jurisdicional comprometida com os direitos sociais fundamentais e a garantia de um regime jurídico-constitucional adequado.

Essas compreensões possibilitarão a melhor análise da proposta de extensão da aplicação da concepção dos trunfos, baseada no princípio da igual dignidade da pessoa humana, aos direitos sociais dos presidiários declarados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347.

Finalizada a análise sobre o Estado social e democrático de Direito, será apreciada a relação entre separação de poderes e políticas públicas, que compreenderá, de início, a essencial crítica, construída pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor Doutor Eros Roberto Grau, à *separação de poderes*. Face ao limitado número de laudas da presente pesquisa, que não faz jus à tamanha profundidade do embasamento desse posicionamento, será corajosamente apresentada modesta síntese.

Avançando no estudo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, constatar-se-á que o raciocínio sobre a separação de poderes permeou a determinação judicial dirigida à União para liberar o saldo acumulado do Fundo Penitenciário para utilização conforme a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Será apreciada a concepção acolhida pelo Supremo Tribunal Federal de que o *estado de coisas inconstitucional* – expressão originária da Corte Constitucional da Colômbia, resultante da inércia parlamentar ou administrativa sobre determinados assuntos – pode ser suprido pela atuação da Suprema Corte do país.

Superada essa análise, adentrar-se-á no campo da efetividade material dos direitos fundamentais e da escassez de recursos, tema que esteve presente no julgamento da medida liminar requerida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em estudo.

Será investigada a forma de continuidade do Direito e quem são seus aplicadores, para, em seguida, proceder-se à análise do dever, imposto ao Poder Judiciário, de providenciar a imediata efetividade ao direito ou garantia constitucional.

Ainda no campo da efetividade material do Direito, será observada a ideia de direito ao mínimo existencial, princípio relacionado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social.

No campo da *reserva do possível*, indagar-se-á como esta figura deve ser entendida, ao passo que encontra limitações na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que deriva, no ordenamento positivo brasileiro, do postulado da dignidade da pessoa humana.

Em tom de conclusão, e atentando-se para concepção de oposição entre *Constituição real e efetiva* e *Constituição escrita*, indagar-se-á, na linha de raciocínio do Professor Doutor Eros Grau, se a efetividade da Constituição seria utópica.

No âmbito dessas inquietações, questiona-se: uma vez que a efetivação dos direitos sociais encontra limites em fatores institucionais e econômicos, prevê a Constituição o inconcebível?

CAPÍTULO I

CONSTITUIÇÃO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEPARAÇÃO DE PODERES

O atual progresso do direito constitucional pode ser atribuído a uma série de entendimentos, segundo os quais os direitos fundamentais são o núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana; as normas asseguradoras dessas pretensões estão positivadas na Constituição, norma suprema do ordenamento jurídico; os valores vitais à existência humana necessitam de proteção por um documento jurídico com força vinculativa máxima, a salvo das maiorias ocasionais formadas em momentos de fervor e contrárias ao devido respeito ao homem²⁰.

Inquestionavelmente, a Constituição é o principal limite ao poder político do Estado, especialmente quando passou a ser considerada autêntica norma jurídica, a prevalecer sobre a lei e a servir de controle efetivo da vida política do Estado²¹.

Segundo o Professor Doutor Canotilho, “a Constituição é a norma das normas, a lei fundamental do Estado, o estalão normativo superior de um ordenamento jurídico.”²² Revela-se assim uma pretensão de validade e de observância como norma superior diretamente vinculante a todos os poderes públicos.

Não se trata a Constituição de direito ou lei; nem de um texto político ou um corpo de normas programáticas, muito menos de uma carta de boas intenções. “A Constituição é mesmo a Lei das Leis e o Direito dos Direitos”²³. A Constituição reúne o código de princípios normativos que retratam a unidade e o espírito do sistema²⁴.

A presença da Constituição é indispensável em uma democracia porque o regime, que funciona conforme a regra da maioria, corre o risco de ter sua essência deturpada, pela própria decisão da maioria. É possível, conforme já demonstrado historicamente, que um poder eleito democraticamente, utilizando-se do contexto de sua supremacia, corrompa as regras do funcionamento democrático da sociedade e comprometa os interesses daqueles que divergem dessa maioria²⁵.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 133.

²¹ ALEXANDRINO, José Melo. **Lições de Direito Constitucional**. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 140.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**..., ob. cit., p. 888.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 600.

²⁴ Idem, ibidem.

²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Em Defesa do Tribunal**..., ob. cit., p. 24.

A Constituição elege e agrupa os princípios de justiça, os direitos fundamentais e a separação de poderes, além de os proteger das maiorias políticas incidentes²⁶.

Portanto, a democracia constitucional é limitada pelos valores constitucionais, uma vez que as maiorias que governam são impedidas de dispor livremente dos direitos protegidos pela Constituição. Governo e Parlamento devem respeito à Carta Magna, que os limita, controla e vigia, garantindo a liberdade dos governados²⁷.

Logo, conforme ensina Jorge Reis Novais, “a Constituição é Direito, é norma jurídica vinculativa, é lei, é a lei fundamental que regula o funcionamento dos órgãos do Estado e dos poderes públicos e que, acima de tudo, lhes impõe todo um conjunto de deveres relativos à garantia dos direitos constitucionais.”²⁸

Por força da Constituição – que não é diretriz política nem moral, mas norma jurídica –, os poderes públicos são compelidos a respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais. Não se trata de um dever cívico, mas de uma obrigação juridicamente imposta²⁹.

Assim como qualquer cidadão está subordinado às leis estaduais, também o próprio Estado e os poderes públicos, destinatários da Constituição, estão juridicamente vinculados ao seu cumprimento. O Estado, que é um Estado de Direito, está submetido aos direitos fundamentais e ao império da lei³⁰.

Finalizando o raciocínio acerca da necessidade imperiosa da presença da Constituição em Estado de Direito democrático, com separação de poderes, conclui-se que tão-somente um Poder Judiciário independente é capaz de garantir que as normas jurídicas efetivamente limitem e vinculem os poderes públicos; que o Estado desempenhe um papel efetivo na vida real; que os direitos das pessoas não sejam desrespeitados pelo poder Estado e que a supremacia da Constituição seja respeitada diante dos poderes públicos e do Estado soberano, titular exclusivo do poder de coação³¹. Nas palavras do Professor Doutor Reis Novais³²:

O edifício do Estado de Direito democrático só fica coroado com a instituição de uma justiça constitucional, isto é, com a instituição de um sistema de justiça especialmente vocacionado para decidir as questões de

²⁶ Idem, p. 25.

²⁷ Idem, ibidem.

²⁸ Idem, p. 26.

²⁹ Idem, ibidem.

³⁰ Idem, ibidem.

³¹ Idem, p. 26-27.

³² Idem, p. 27.

constitucionalidade, especialmente encarregado de verificar a observância dos direitos fundamentais pelos poderes públicos e, desde logo, pela lei.

O Judiciário garante o respeito da legalidade, tanto por parte dos cidadãos, como dos poderes públicos. Em Estado de Direito democrático, ocorrendo controvérsias jurídicas, a última palavra pertence, sempre, ao Poder Judiciário independente³³.

No Direito em vigor cabe, outrossim, a esse poder independente apurar se as imposições constitucionais são devidamente respeitadas pelos poderes públicos, especificamente, constatar se o Executivo e o Legislativo respeitam os direitos fundamentais garantidos pela Constituição³⁴.

A presente investigação iniciou-se a partir da indagação do que venha a ser uma Constituição, cuja resposta, ainda prossegue tão atualizada, surgiu com as revoluções liberais do fim do século XVIII.

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³⁵ determinou que “Constituição é direitos fundamentais e separação de poderes”. Hoje, mais de dois séculos depois, permanece forte a estrutura do Estado de Direito democrático estabelecida na ideia de Constituição³⁶.

A separação de poderes é a divisão, determinada constitucionalmente, dos poderes por vários órgãos. Há partilha tanto das competências, como das regras formais e orgânicas do exercício do poder político³⁷.

A garantia dos direitos fundamentais das pessoas diante do Estado e dos poderes públicos é o objetivo principal de qualquer Estado de Direito democrático, que é alcançado graças à separação de poderes³⁸.

Observa-se que, ao longo de mais de duzentos anos, as concepções de separação de poderes e direitos fundamentais transformaram-se substancialmente, ressaltando-se as relações entre Legislativo e Executivo, bem como o contínuo reforço da independência e do papel do Poder Judiciário³⁹.

³³ Idem, ibidem.

³⁴ Idem, ibidem.

³⁵ **Artigo 16º, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:**

“Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

Disponível em < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf > Acesso em 06 outubro 2016.

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Em Defesa do Tribunal...**, ob. cit., p. 22-23.

³⁷ Idem, p. 22.

³⁸ Idem, ibidem.

³⁹ Idem, p. 23.

Há demasiadas diferenças entre a separação de poderes presente em um Estado democrático do século XXI e a existente na organização do Estado liberal dos finais do século XVIII. Também é distinta a estrutura do poder político e do sistema de governo em Portugal, na Alemanha, nos Estados Unidos da América ou no Brasil. No entanto, em qualquer das ordens constitucionais é vigente o princípio da separação de poderes. Não existe, hodiernamente, Estado de Direito democrático sem a presença do princípio da separação de poderes⁴⁰.

Diante disso, o direito à greve, por exemplo, cuja atividade era considerada delituosa, e o direito ao meio ambiente, que na época não era reconhecido, são hoje considerados direitos fundamentais. Ainda, direitos que eram atribuídos apenas a uma minoria de pessoas, como o direito de voto, atualmente são considerados universais. Direitos que não possuíam o devido reconhecimento, como os direitos sociais, estão hoje inseridos como direitos fundamentais em muitas Constituições. Assim, mesmo que distintos os direitos fundamentais adotados pelas diversas Constituições, o Estado de Direito contemporâneo, assim como o da época, objetiva a garantia desses direitos⁴¹.

Cada país adota democraticamente o princípio da separação de poderes da forma que entende mais justa e acolhe na Constituição os direitos que considera fundamentais. As escolhas constitucionais variam conforme o país, mas a ideia de Constituição de Estado de Direito, que surgiu nas revoluções liberais do final do século XVIII e se espalhou nos séculos seguintes em todo mundo, continua a mesma⁴²: “Constituição de Estado de Direito é sempre direitos fundamentais e separação de poderes.”⁴³

O rol dos direitos fundamentais das Constituições portuguesa, alemã, norte-americana ou brasileira é bastante distinto, mas em todas essas ordens constitucionais os direitos fundamentais são o núcleo da Constituição e há um Poder Judiciário independente e uma justiça constitucional que asseguram o cumprimento desses direitos⁴⁴.

⁴⁰ Idem, ibidem.

⁴¹ Idem, ibidem.

⁴² Idem, p. 23-24.

⁴³ Idem, ibidem.

⁴⁴ Idem, p. 24.

1. Evolução Constitucional no Brasil

Inicialmente, para uma adequada compreensão acerca dos rumos constitucionais contemporâneos presentes à realidade brasileira, especialmente depois da promulgação da Carta Magna de 5 de outubro de 1988, entende-se relevante analisar a evolução constitucional no Brasil.

É possível identificar três fases históricas relacionadas aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que influenciaram a caracterização formal das instituições. Enquanto a primeira fase baseou-se no modelo constitucional francês e inglês do século XIX, a segunda inspirou-se no modelo norte-americano. A terceira fase, em curso, é marcada por traços fundamentais do constitucionalismo alemão do corrente século⁴⁵.

O primeiro período da história constitucional do Brasil está compreendido entre 1822, ano da proclamação da Independência do Brasil, e 1889, ano em que se iniciou a República, face ao golpe de Estado de 15 de novembro de 1889, desferido por militares contrários ao sistema centralizador da monarquia⁴⁶.

Nessa fase, merece destaque o decreto de 3 de julho de 1822, que convocou uma “Assembleia Luso-Brasiliense” ou uma “Assembleia Geral Constituinte e Legislativa”, conforme linguagem do decreto. Essa medida de constitucionalização do Brasil adveio anteriormente ao ato de independência do Brasil, proclamada por D. Pedro I, em 7 de setembro de 1822. Observa-se que ocorreu uma independência “formal”, conforme explica Paulo Bonavides, uma vez que o ato político da separação constitui, em verdade, um processo que demorou alguns anos até o definitivo reconhecimento jurídico do novo Estado no seio da comunidade internacional⁴⁷.

Ressaltam-se também os seguintes fatos políticos: a instalação da Assembleia Constituinte, em 3 de maio de 1823, no Rio de Janeiro, com a presença de D. Pedro I, que se intitulava Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil; a dissolução da Constituinte, em 12 de novembro de 1823, por um golpe de Estado, de raízes militares, encabeçado pelo próprio Imperador e a outorga da Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, por ato de D. Pedro I⁴⁸.

A única emenda introduzida no texto constitucional da monarquia foi o Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, durante a Regência. Tal ato foi produzido politicamente

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 361.

⁴⁶ Idem, p. 362.

⁴⁷ Idem, ibidem.

⁴⁸ Idem, ibidem.

no período de agitação anterior e posterior à abdicação do Imperador, embora seu teor tenha sido consideravelmente atenuado. As correntes reformistas mais radicais, surgidas no auge do movimento que afastou D. Pedro I do trono, se inclinavam por uma monarquia federativa, o que propiciou a elaboração de um projeto nesse sentido, que apesar de ter sido introduzido e aprovado na Câmara dos Deputados, foi impedido pelas resistências conservadoras do Senado⁴⁹.

O “Projeto Antônio Carlos”, elaborado, discutido e parcialmente votado nas sessões da Constituintes; a Carta Magna outorgada em 1824 (a Constituição do Império), a mais duradoura das Constituições brasileiras, vigente por 65 anos; o Ato Adicional de 1834 e a Lei da Interpretação de 12 de maio de 1840, instrumento conservador de interpretação de alguns artigos da reforma constitucional de 1834, são os documentos constitucionais mais importantes dessa primeira fase. Manifestam a natureza jurídica, política e ideológica do sistema institucional cuja concretização se pretendia alcançar⁵⁰.

O primeiro documento apontado, Projeto da Constituinte, correspondia ao esquema de organização de poderes de Montesquieu (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário) e à Constituição francesa de 1791 quanto à garantia dos direitos individuais e políticos. Por outro lado, formulava com originalidade um capítulo sobre os deveres relativos aos brasileiros, o qual previa o direito de resistência e o dever de recusa a executar lei injusta⁵¹.

A Constituição Imperial do Brasil, resultante do ato de outorga, recebeu influências francesas no campo teórico, mas, na prática, face ao costume constitucional, prevaleceu uma forma de governo parlamentar, que se assemelhava ao modelo inglês. A Carta do Império “foi a única Constituição do mundo, salvo notícia em contrário, que explicitamente perfilhou a repartição tetradimensional de poderes, ou seja, trocou o modelo de Montesquieu pelo de Benjamin Constant, embora de modo mais quantitativo e formal do que qualitativo e material.”⁵² Acrescentou ao Executivo, Legislativo e Judiciário, o Poder Moderador, cujo titular era o Imperador, “o Poder dos Poderes”, que dirigia toda a organização política do Império⁵³.

A Constituição de 1824 representou a vitória do liberalismo e da transição pacífica de colônia para nação independente. Se por um lado, a forma monárquica solucionou o

⁴⁹ Idem, ibidem.

⁵⁰ Idem, p. 362-363.

⁵¹ Idem, p. 363.

⁵² Idem, p. 363-364.

⁵³ Idem, ibidem.

desafio da manutenção da integridade territorial, por outro, o Império do Brasil, por mais de sessenta anos, suportou a escravidão, que disseminou uma cultura patrimonialista e antiiluminista e fomentou a forma de exclusão ainda presente nos dias atuais⁵⁴.

Em síntese, a monarquia constitucional do Império no Brasil perdurou por 65 (sessenta e cinco) anos. O princípio representativo e o absolutista retratavam um parlamentarismo introduzido nos mecanismos institucionais, ao mesmo tempo em que era preservado o poder pessoal do Imperador, em cujas mãos se acumulava o exercício dos Poderes Executivo e Moderador. A monarquia contribuiu para o nascimento de um Estado liberal, vinculado, todavia, a uma sociedade escravocrata. A ausência de autonomia principal suficiente e de poderes descentralizados resultaram na falência desse regime político que, em 1889, foi substituído pelo sistema republicano de governo⁵⁵.

Assim, com o início da República, o Brasil ingressou na segunda época constitucional de sua história. Os valores e princípios de organização formal do poder transformaram-se. A inspiração nas Constituições francesas cedeu lugar à norte-americana, o “pseudoparlamentarismo” inglês sucumbiu ao presidencialismo americano⁵⁶.

Também na sociedade, o trabalho livre do imigrante italiano nas lavouras de café, substituiu o braço servil do africano da era colonial das instituições imperiais afastadas em 1889⁵⁷.

O Estado constitucional brasileiro converteu-se, com a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, em um Estado com plenitude formal das instituições liberais, trasladadas literalmente da Constituição americana, por influência de Rui Barbosa, Jurista apreciador da organização política dos Estados Unidos⁵⁸.

A estrutura do novo Estado (sistema republicano, forma presidencial de governo, forma federativa de Estado e funcionamento de uma Suprema Corte, apta a decretar a inconstitucionalidade dos atos do poder) oposta àquela vigente no Império representava a ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se norteava conforme os valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade⁵⁹.

⁵⁴ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **O Constitucionalismo Brasileiro ou de como a Crítica Deficiente ignora a Consolidação da Democracia.** In ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). **Lições de Direito Constitucional: em Homenagem ao Professor Jorge Miranda.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 305.

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 364.

⁵⁶ Idem, ibidem.

⁵⁷ Idem, ibidem.

⁵⁸ Idem, p. 365.

⁵⁹ Idem, ibidem.

O período constitucional entre 24 de fevereiro de 1891 (promulgação da primeira Constituição republicana do Brasil) e 11 de novembro de 1930 (promulgação do Decreto nº 19.398) marcou juridicamente o fim da “Primeira República” e consagrou o exercício discricionário do poder pelos titulares do Governo Provisório. Durante quase 40 (quarenta) anos, o Brasil, republicano e constitucional, reconheceu o Estado liberal de Direito, inspirado nas raízes norte-americanas⁶⁰.

A Constituição republicana de 1891 recebeu uma única revisão, promulgada em 1926, que não preencheu as finalidades previstas, nem impediu o fim da Primeira República (1891-1930)⁶¹.

Na sequência, sobreveio uma época intermediária de autoritarismo e ditadura, que durou quatro anos⁶², até 16 de julho de 1934, data da promulgação da segunda Constituição republicana, quando, finalmente, uma assembleia constituinte, convocada e eleita, reorganizou constitucionalmente o País⁶³.

A nova Constituição de 16 de julho de 1934 inaugurou no Brasil a terceira grande época constitucional de sua história, período complexo e tumultuado, que se estendeu por mais de 50 (cinquenta) anos. Essa fase foi caracterizada por crises, golpes de Estados, renúncia e suicídio de Presidentes, queda de governos, repúblicas e Constituições⁶⁴.

O primeiro grande rompimento da vocação conservadora do constitucionalismo brasileiro, que iniciou com a independência do país, somente surgiu com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934⁶⁵.

Também foi nesse período que nasceu uma nova corrente de princípios que consagrava o aspecto social, até então ignorado pelo direito constitucional positivo vigente no Brasil. Surgiu um novo pensamento em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, influenciado pelo modelo de Weimar⁶⁶.

Assinalam-se três fatos políticos históricos de extrema importância, ocorridos neste período, que proporcionam a compreensão no sentido coerente da história constitucional do Brasil.

⁶⁰ Idem, *ibidem*.

⁶¹ Idem, p. 365-366.

⁶² Entretanto, esse Governo provisório foi contestado em 1932 pela “revolução constitucionalista” desencadeada em São Paulo e logo em seguida reprimida com o emprego das armas e a prevalência do Poder Central. Cfr. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 366.

⁶³ Idem, *ibidem*.

⁶⁴ Idem, *ibidem*.

⁶⁵ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **O Constitucionalismo Brasileiro...**, ob. cit., p. 305.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 366.

O primeiro acontecimento iniciou-se no ano de 1934, com a Segunda República. Foi um período transitório de “reconstitucionalização” do Brasil, marcado pela Constituição de 1934, e que logo terminou com o golpe de Estado de 10 de novembro de 1937⁶⁷.

O segundo episódio, o “curto período” da ditadura unipessoal do Estado Novo, conforme denominado pelo presidente Getúlio Vargas, foi um regime de governo, em que nem mesmo a Carta Magna outorgada, de cunho extremamente autoritário, foi cumprida pelos titulares do poder⁶⁸.

O golpe de Estado de 29 de outubro de 1945 foi o terceiro fato relevante. Face à Assembleia Constituinte ocorrida em 2 de dezembro do mesmo ano e a uma nova Constituição – a da Terceira República –, promulgada em 18 de setembro de 1946 e que regiu o Brasil até 9 de abril de 1964, foi introduzida outra fase de restauração constitucional do sistema representativo. Também se iniciaram os Atos Institucionais da “revolução” de 1964 dos militares⁶⁹.

Durante o período da ditadura dos militares, o Brasil sofreu a ação de dois poderes constituintes paralelos. Um poder, tutelado, fez, sem grande legitimidade, a Carta Magna semi-autoritária de 24 de janeiro de 1967. O outro, derivado da plenitude do poder autoritário e autointitulado poder revolucionário, expediu os Atos Institucionais, bem como a Emenda número 1 relativa à Constituição de 1967⁷⁰.

O regime militar ficou em ascensão por um período de mais de 20 (vinte) anos, em vigor até 5 de outubro de 1988, data em que o Governo de transição do Presidente Sarney viu promulgada no País a Constituição vigente⁷¹.

Assim, relativamente à terceira época constitucional do Brasil, em cujos espaços o regime ainda busca consistência, legitimidade e consolidação definitiva das instituições fundamentais, destacam-se os estatutos fundamentais expedidos com algum grau de legitimidade e que durante certo espaço de tempo mantiveram as aparências de um regime normal de Governo, com base no princípio representativo e nas regras inerentes ao Estado de Direito democrático, sustentado pelas ideologias do liberalismo⁷².

Pertencem a esse terceiro período a Constituição de 16 de julho de 1934, a de 18 de setembro de 1946 e a de 5 de outubro de 1988. Nota-se que em todas as Leis Maiores está presente a intenção do constituinte em disciplinar no texto fundamental a categoria de direitos

⁶⁷ Idem, p. 366-367.

⁶⁸ Idem, p. 367.

⁶⁹ Idem, ibidem.

⁷⁰ Idem, ibidem.

⁷¹ Idem, ibidem.

⁷² Idem, ibidem.

que fazem do homem o destinatário da norma constitucional, ressaltando-se o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo⁷³.

Dos textos dessas Constituições brasileiras é possível observar uma inspiração no constitucionalismo alemão do século XX, que parte principalmente da Constituição de Weimer, cuja atuação ocorreu de forma mais concentrada, direta e decisiva na caracterização dos rumos sociais do novo Estado constitucional brasileiro de 1934. Buscou-se um modelo de um Estado social, com influência alemã, ligado politicamente a formas democráticas, no qual a Sociedade e o homem-pessoa são os valores supremos e a concepção legítima do papel do Estado funda-se na democracia, na liberdade e na igualdade. O sentido social dos novos direitos, característica básica de Wiemar, foi incorporado nas duas Constituições da terceira época constitucional (1934 e 1946). Também há influência, embora de modo menos direto, mas não menos eficaz, da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, mais recente em termos históricos⁷⁴.

Finalmente, a mais recente das Constituições brasileiras, a de 5 de outubro de 1988, também segue e incorpora a tradição de Wiemar priorizando o social. Na técnica, na forma e na substância da matéria pertinente aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 se inspira na Lei Fundamental alemã de 1949. Nota-se nos primeiros capítulos da Lei Maior brasileira, que tratam dos direitos e garantias fundamentais, bem como nos comentários à Constituição e nos compêndios de Direito Constitucional, a identificação com o pensamento jurídico alemão⁷⁵.

A Constituição de 1988 é uma Constituição do Estado social. Os conflitos constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos devem ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento⁷⁶. “Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.”⁷⁷

O destino da nova Carta Magna brasileira depende da sua adequação às exigências de uma sociedade em busca de governos estáveis e legítimos, que solucionem seus problemas de natureza política e estrutural. Nesse ponto, a estabilidade social, um conceito ministrado pela Constituição alemã de Weimar e aperfeiçoado pela de Bonn, aparece como dado crucial

⁷³ Idem, p. 367-368.

⁷⁴ Idem, p. 368.

⁷⁵ Idem, p. 369-370.

⁷⁶ Idem, ibidem.

⁷⁷ Idem, p. 371.

para apontar as acentuadas falhas de eficácia e juridicidade dos instrumentos constitucionais do Brasil durante os últimos cinquenta anos⁷⁸.

O constitucionalismo social retrata a profunda crise entre o Estado e a Sociedade e sintetiza o problema da legitimidade do ordenamento brasileiro relativo ao exercício e organização do poder. Percorrido o caminho dos avanços sociais, já não se exigem direitos das Constituições, mas sim garantias. Há numerosas prerrogativas no texto constitucional, já as promessas constitucionais, ora aparecem em fórmulas abstratas e genéricas, ora remetem a concretização do preceito contido na norma a uma legislação complementar e ordinária que nunca se elabora^{79 80}.

2. Separação de Poderes

A divisão do poder representa, conforme um critério variável, o fracionamento do exercício do poder político entre vários órgãos diferentes e independentes, de forma que nenhum deles aja sem ser contido pelos demais, o que proporciona um sistema de freios e contrapesos. O arbítrio é impedido, ou pelo menos dificultado, uma vez que o excesso somente ocorre caso haja um suposto conluio entre autoridades independentes⁸¹.

Em geral, é utilizado o critério funcional ou o geográfico. O sistema funcional refere-se à própria separação de poderes. O critério geográfico é exatamente o federalismo, a descentralização do poder, que também apresenta uma combinação com o método funcional⁸².

Fundamentalmente, a separação de poderes diferencia as funções estatais de legislação, administração e jurisdição, atribuindo-as a três órgãos mutuamente autônomos, que exercerão suas atribuições preponderantemente.

⁷⁸ Idem, p. 381.

⁷⁹ Idem, p. 382.

⁸⁰ É possível exemplificar essas promessas constitucionais que remetem a concretização do preceito contido na norma a uma legislação complementar e ordinária que nunca se elabora, por meio do inciso IV do art. 157 da Constituição de 1946, que dispõe sobre a participação do trabalhador nos lucros da empresa, esteve presente em quatro Constituições (1946, 1967, 1969 e 1988) e até hoje não se aplicou, nem foi regulamentado. Em razão dessa e de outras omissões constitucionais, a auto-aplicabilidade das regras da Constituição em matéria de direitos sociais e a eficácia das garantias que a Constituição possa oferecer nesse tocante, levam a reflexões sobre a crise da estabilidade social no Brasil. Cfr. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 382.

⁸¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

⁸² Idem, ibidem.

A divisão funcional do poder, resultado empírico da evolução constitucional inglesa que, em 1689, consagrou o “Bill of Rights”, é, ainda hoje, a base da organização do governo nas democracias ocidentais⁸³.

Da “gloriosa revolução” resultou a divisão de poder entre a autoridade real e o parlamento. Enquanto foram atribuídas certas funções ao monarca e outras ao parlamento, também houve o reconhecimento da independência dos juízes⁸⁴.

A separação de poderes, reconhecida a Montesquieu, encontra antecedentes nas obras de Aristóteles e de Locke⁸⁵.

Aristóteles, na *Política* (1252 a, apud, FERREIRA FILHO, 2012, p. 129), partilha as funções do Estado em *deliberante* (baseada na tomada das decisões fundamentais), *executiva* (fundamentada na aplicação dessas decisões pelos juízes) e *judiciária* (motivada em fazer justiça). Não houve separação, nem atribuição das funções a órgão independente e especializado⁸⁶.

Locke teorizou esse compromisso no *Segundo Tratado do Governo Civil* (1689, apud, FERREIRA FILHO, 2012, p. 129), o justificando a partir da hipótese do estado de natureza. Além de igualmente admitir as três singulares funções (*legislativa* - abalizada na forma de utilização da força pública, *executiva* - motivada pela aplicação dessa força no plano interno, de modo que a ordem e o direito fossem garantidos e *federativa* - objetivada em conservar relações com outros Estados, notadamente por meio de alianças), recomendou o afastamento da função legislativa, de um lado, e das funções executiva e federativa, de outro, as quais deveriam estar sempre juntas, uma vez que envolvem o uso de força⁸⁷.

Entretanto, foi com a maior obra de Montesquieu, *Do Espírito das Leis*⁸⁸, que a separação de poderes ganhou repercussão. O Filósofo Político do iluminismo foi quem, pela primeira vez, discorreu sobre a função jurisdicional como um dos poderes do Estado, considerando que a independência do Poder Jurisdicional é essencial à defesa e garantia do direito de liberdade.

⁸³ Idem, ibidem.

⁸⁴ Idem, ibidem.

⁸⁵ Idem, p. 129.

⁸⁶ Idem, ibidem.

⁸⁷ Idem, ibidem.

⁸⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011.

Montesquieu defendia que a liberdade política deriva da opinião que cada pessoa possui de sua segurança e para que esta liberdade se concretize é necessário que o governo proporcione confiança entre os cidadãos⁸⁹.

Não há liberdade quando o poder legislativo e o executor reúnem-se na mesma pessoa ou no próprio corpo de magistratura, uma vez que o monarca ou o senado podem criar leis injustas e executá-las autoritariamente⁹⁰.

Igualmente, não existe liberdade quando o poder de julgar não está separado dos poderes legislativo e executor. Caso haja união com legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será desmedido, pois o juiz será legislador. Se estiver agregado ao executor, o magistrado poderá ter a força de um opressor⁹¹.

“Tudo estaria perdido”⁹² se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais cidadãos (dos nobres ou do povo) exercesse os poderes de elaborar as leis, de executar as resoluções públicas e de julgar os crimes ou os litígios entre os particulares⁹³.

Montesquieu também entendia que o poder de julgar, uma vez que não estava relacionado ao Estado, nem a determinada profissão, deveria ser exercido por pessoas do povo, durante período determinado, a fim de que um tribunal somente funcionasse durante o tempo necessário. Concluía, assim, que a magistratura seria temida e não os magistrados⁹⁴.

A separação de poderes tornou-se o princípio fundamental da organização política liberal⁹⁵ e até mesmo foi convertida, em 1789, em preceito da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁹⁶.

2.1. Ingerência entre os Poderes

Observa-se que Montesquieu já revelava uma exceção ao princípio da separação de poderes ao reconhecer a intervenção do chefe de Estado no processo legislativo, por meio do veto. Nos dias atuais, a organização constitucional dos três poderes sempre compreende uma certa ingerência de um poder na função resguardada ao outro. Por vezes o Legislativo julga (nota-se que no constitucionalismo brasileiro, o Senado processa e julga o Presidente e o

⁸⁹ Idem, p. 305.

⁹⁰ Idem, ibidem.

⁹¹ Idem, p. 306.

⁹² Idem, ibidem.

⁹³ Idem, ibidem.

⁹⁴ Idem, p. 307.

⁹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 129.

⁹⁶ Ver transcrição do artigo 16º, Declaração dos Direitos do Homem de 1789, na nota de rodapé n. 35.

Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade⁹⁷) e, por outras, administra (por exemplo, quando o Senado admite funcionários para sua secretaria). O Executivo, igualmente, ora legisla (no caso brasileiro, por exemplo, formalmente por meio de medidas provisórias⁹⁸), ora julga (no contencioso administrativo). Também o Judiciário por vezes administra (quando um tribunal organiza o seu secretariado), por vezes participa da elaboração da lei (no Brasil, pela iniciativa de certos projetos⁹⁹ e aprovação de súmulas vinculantes¹⁰⁰)¹⁰¹.

Portanto, a especialização atinente à separação de poderes é relativa, predominando no desempenho desta ou daquela função. Cada poder pratica atos teoricamente fora de seu âmbito de competência, colaborando, em caráter secundário, com a atuação de outras funções¹⁰².

⁹⁷ **Incisos I e II, art. 52, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99](#))

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 16 dezembro 2016.

⁹⁸ **Caput, art. 62, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#))”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 02 janeiro 2017.

⁹⁹ Sobre a competência privativa do Supremo Tribunal Federal, ver transcrição do artigo 96, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 151.

¹⁰⁰ **Art. 103-A, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 16 dezembro 2016.

¹⁰¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 130.

¹⁰² Idem, ibidem.

2.2. Sistemas Políticos

A separação de poderes, base da estrutura do Estado contemporâneo, proporciona uma classificação dos sistemas políticos, de cunho jurídico e alcance didático, que apesar de espelhar timidamente a realidade, entende-se relevante a sua menção¹⁰³.

Considerando a existência e o grau em que se opera a divisão do poder, é possível destacar três sistemas, quais sejam, o de *concentração do poder* (não há divisão de poder, assim como ocorria no regime da antiga URSS, quando dominava o *Soviet Supremo*), o de *colaboração de poderes* (há distinção de poderes, que entretanto não são independentes, conforme acontece no sistema parlamentarista) e o de *separação de poderes* (há repartição e independência dos poderes, como retrata o sistema presidencialista)¹⁰⁴.

Esses três sistemas, tomados de forma consciente e racional pelas atuais Constituições, nasceram como regimes praticados em certo e determinado Estado. Assim, o parlamentarismo nasceu na Inglaterra e atualmente é o sistema recepcionado por muitos Estados do mundo¹⁰⁵.

O sistema presidencialista iniciou-se em 1787, com a criação da Convenção de Filadélfia, uma assembleia constituinte formada para instituir a Constituição dos Estados Unidos da América¹⁰⁶.

Contudo, não se trata de uma invenção dos constituintes americanos. O presidencialismo fundado na Filadélfia é uma versão republicana da monarquia limitada, ou constitucional, consagrada na Grã-Bretanha, pela Revolução de 1688. O Parlamento inglês, ao convocar Guilherme e Maria para o trono que declarara vago, estabeleceu a separação de poderes que Locke iria intuir e Montesquieu consagrar. Garantida a independência da magistratura, designou-se a elaboração da lei ao Parlamento, embora com sanção real, e resguardou-se a administração, defesa e política estrangeira ao monarca¹⁰⁷.

Uma vez que não havia príncipe para conferir o trono, os constituintes, diante das influências de Locke e Montesquieu, colocaram em seu lugar um cidadão. Essa monarquia limitada, sem rei e com um presidente, sintetiza o regime presidencialista. Entretanto, destaca-

¹⁰³ Idem, p. 132.

¹⁰⁴ Idem, ibidem.

¹⁰⁵ Idem, ibidem.

¹⁰⁶ Idem, p. 134.

¹⁰⁷ Idem, p. 134.

se que esse regime não mais vigorava na Grã-Bretanha, uma vez que lá o parlamentarismo já havia se estabelecido¹⁰⁸.

Na base do presidencialismo está a lição de Montesquieu, o regime de separação de poderes. As três funções no Estado são distintas e atribuídas a órgãos independentes, que as exercem com exclusividade relativa. O sistema também está assinalado pela adjudicação da Chefia do Estado e do governo à Presidência da República, um órgão unipessoal. A independência recíproca do Executivo e do Legislativo, pontualmente assegurada, também é característica marcante. Não é permitido ao Presidente da República extinguir o mandato dos parlamentares, por meio da dissolução da Câmara e convocação de novas eleições, assim como não é necessária a sua presença nas reuniões do Legislativo, como sucedia nas monarquias. Igualmente, não pode a Câmara destituir o Chefe de Estado, só o podendo fazer como pena de um crime. A eleição do Presidente comumente se faz sem interferência da Câmara, o que resguarda a independência do Executivo. O povo escolhe, por meio do voto, o Chefe de Estado, diretamente, exigida ou não a maioria absoluta¹⁰⁹.

Entretanto observa-se que, para a caracterização de um sistema, os traços políticos talvez tenham maior relevância do que os estritamente jurídicos. No presidencialismo, o principal deles é a predominância do Presidente, que está presente em todos os países que adotam esse sistema. Diante do descrédito das Câmaras parlamentares, muitas vezes corruptas, o presidencialismo na América Latina tende a se transformar, na prática, num regime de ditadura temporária, mitigado somente pela independência do Judiciário, ou pela arbitragem das Forças Armadas¹¹⁰.

No Brasil, apesar de existir uma tendência política de acolhimento do Parlamentarismo, cujo estabelecimento se pretendeu por meio de plebiscito em 1993¹¹¹, a Constituição de 1988, influenciada pelas tradições republicanas, manteve o Presidencialismo, caracterizado pela supremacia do Presidente da República, ao mesmo tempo chefe de Estado e chefe de Governo¹¹².

¹⁰⁸ Idem, ibidem.

¹⁰⁹ Idem, p. 134-135.

¹¹⁰ Idem, p. 135.

¹¹¹ **Caput, art. 2º, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País. ([Vide emenda Constitucional nº 2, de 1992](#))”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 17 dezembro 2016.

¹¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 136-137.

Apesar de ser possível perceber na Carta Magna vigente certa atenuação dessa preponderância presidencial diante do fortalecimento do Legislativo, face ao controle de certos atos governamentais do Executivo, é irrefutável a influência do Presidente da República, que “legisla” por meio de medidas provisórias¹¹³¹¹⁴, enquanto o Legislativo se limita a investigações frequentemente ineficientes e o Judiciário se politiza, substituindo o Congresso Nacional na função de legislar e atualizar a Constituição¹¹⁵.

2.3. Percepções de Hamilton sobre a separação de poderes e o Poder Judiciário – O Federalista n° 78

Alexander Hamilton, ao discorrer sobre o Poder Judiciário no Federalista n° 78, mostra que num governo onde há separação de poderes, o Judiciário, diante de suas funções, será sempre o menos ameaçador dos direitos políticos da Constituição, já que é o menos capaz de causar prejuízo. Não exerce nenhum domínio sobre a força ou a riqueza da sociedade e “não pode tomar nenhuma resolução ativa”. Possui apenas juízos, não há Força nem Vontade, e ainda depende da ajuda do Executivo para a eficácia de suas decisões. Já o Poder Executivo,

¹¹³ Ver transcrição do *caput* do artigo 62, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 98.

¹¹⁴ O Presidente da República participa ativamente do processo legislativo. Além de possuir competência para editar as medidas provisória, possui iniciativa legislativa reservada a determinadas matérias e competência para elaborar leis delegadas, conforme disposto nos seguintes artigos:

§1º, art. 61, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998](#))

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#))

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. ([Incluída pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998](#))”

Caput, artigo 68, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 17 dezembro 2016.

¹¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 137.

além de distribuir as honrarias, “empunha a espada da comunidade”. O Legislativo conduz a bolsa e preceitua as normas reguladoras dos deveres e direitos dos cidadãos¹¹⁶.

Citando expressamente Montesquieu, Hamilton ratifica que esta simples visão do assunto prova indiscutivelmente que o Judiciário é o mais fraco dos três poderes e não pode se opor com sucesso ao Legislativo, nem ao Executivo. Considera, também, que enquanto o Judiciário permanecer verdadeiramente separado dos demais poderes, não há perigo para a liberdade geral do povo, embora a opressão individual possa, ocasionalmente, emanar dos tribunais judiciais. Ainda observa que a liberdade, que não existe sem independência do poder julgador, está assegurada enquanto o Judiciário for isolado, o mesmo não se podendo dizer caso ocorra união com qualquer outro poder¹¹⁷.

Essa independência dos juízes é também promovida para proteger a Constituição e os direitos dos indivíduos dos efeitos de humores que tendem a ocasionar impulsivas mudanças na governação e sérias opressões às minorias. Evita-se que, quando ocorrer uma inclinação momentânea, incompatível com as disposições constitucionais, os representantes do povo se apoderem de uma maioria dos seus constituintes, a fim de obter respaldo para alteração da Constituição em vigor. A Lei Maior obriga a todos, coletivamente, bem como individualmente, até que, por meio de algum ato solene e de autoridade, o povo, por meio de seus representantes, anule ou altere sua forma em vigor. Assim, é fácil verificar que, nos casos em que as usurpações legislativas são instigadas pela voz da maioria da comunidade, o cumprimento da Constituição requer proteção por meio da força moral dos juízes. Ainda, a firmeza da magistratura judicial, além de ajustar as leis aprovadas, atua como controle do corpo legislativo¹¹⁸.

A fidelidade aos direitos da Constituição e dos indivíduos não poderia ser esperada de juízes que detivessem seus cargos por um mandato temporário. Nomeações periódicas seriam fatais para a necessária independência dos magistrados. Caso a nomeação dos juízes fosse conferida ao Executivo ou ao Legislativo, haveria risco de uma benevolência imprópria com o detentor dessa atribuição; se confiada a ambos os poderes, evitar-se-ia desagradar qualquer deles; se designada ao povo ou a seus representantes, ocorreria um excessivo esforço para se alcançar a popularidade, bem como para justificar a confiança depositada¹¹⁹.

¹¹⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Viriato Soromenho-Marques e Joao C. S. Duarte. Lisboa: Colibri, 2003, p. 476.

¹¹⁷ Idem, p. 476-477.

¹¹⁸ Idem, p. 479-480.

¹¹⁹ Idem, p. 480-481.

Por fim, Hamilton identifica uma razão adicional e de maior relevância para a permanência nos cargos judiciais referente à natureza das qualificações exigidas. Para se evitar uma decisão arbitrária é imprescindível um estudo longo e laborioso, que proporcione conhecimento suficiente e permita definir a melhor solução para cada caso em particular. Por esse motivo é restrito o número de homens na sociedade que possui a necessária integridade e o conhecimento indispensável¹²⁰.

2.4. Separação de Poderes e Poder Judiciário nos Estados Unidos da América

Foi nos Estados Unidos que nasceu a ideia de Constituição escrita, existente até hoje. O período subsequente à independência americana foi um momento fértil de inovações institucionais, quando foram criados o federalismo, o presidencialismo e o controle judicial de constitucionalidade das leis. O propósito da concepção de todas essas figuras foi o de estabelecer um mecanismo bem elaborado de “freios e contrapesos”, apto a impedir que qualquer dos poderes instituídos conseguisse, sozinho, alterar o cenário existente¹²¹.

Para que uma dada mudança ocorra é necessário alcançar o consenso da maioria do povo, da maioria dos Estados federados, do Presidente da República e do Judiciário. Por exemplo, o Presidente da República depende da concordância do Senado para nomear um juiz do Supremo Tribunal Federal. O Congresso, para aprovar uma lei, submete-se à aceitação do Presidente, que, se não quiser sancioná-la, pode vetá-la. O Senado, representante equitativo dos Estados, é uma espécie de instância de veto qualificada para impedir alterações almejadas pela Câmara, que, por sua vez, representa proporcionalmente o próprio povo. O estado atual somente será alterado caso seja possível vencer aqueles vários pontos de veto. Se manter o estado atual for preferível à mudança para pelo menos um dos poderes investidos do veto, não ocorrerá nenhuma alteração¹²².

O sistema de “freios e contrapesos” reservou ao Judiciário a função primordial de controle, no entanto, sem se arredar dos padrões ingleses, preservando-se a garantia do caráter democrático das instituições, inclusive o da magistratura¹²³.

¹²⁰ Idem, p. 481.

¹²¹ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **Controle de Constitucionalidade e Ativismo Judicial**. In WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e Política na Democracia: Aproximações entre Direito e Ciência Política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 64.

¹²² Idem, p. 64-65.

¹²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 16.

Observa-se que para os *federalistas* norte-americanos, diversamente do mecanismo concebido por Montesquieu visava diretamente à promoção da liberdade do indivíduo, a separação de poderes objetiva a melhoria do desempenho das funções do estado, fundando-se também no princípio da divisão do trabalho¹²⁴.

No ano de 1803, quando Thomas Jefferson ocupava a presidência da República dos Estados Unidos da América, concretizou-se a competência da Suprema Corte americana para controlar a constitucionalidade dos atos do Congresso Nacional e do Executivo, face às concepções de John Marshall, então presidente desse tribunal supremo. Essa consolidação garantiu um papel ativo à magistratura, proporcionado proteção e promoção dos direitos fundamentais da população americana, além de afirmar o Judiciário como um dos Poderes da República¹²⁵.

Thomas Jefferson, político eminente e conhecedor das proposições teóricas que viabilizaram as bases para uma sociedade democrática no século dezoito, foi o terceiro presidente da República norte-americana, num momento onde o absolutismo foi superado e o governo constitucional consolidado. Também influenciou a Declaração de Independência em 1776 e a definição dos fundamentos da Constituição dos Estados Unidos da América em 1787. Apesar de Jefferson ter ressaltado as vantagens do julgamento pelo júri popular em lugar de uma corporação permanente de juízes, tanto para casos cíveis como criminais, mencionava positivamente o Judiciário, sobretudo seu papel de guardião dos direitos fundamentais dos indivíduos¹²⁶.

Em 1801, o Congresso aprovou o *Judiciary Act*, lei sobre a magistratura, na qual declarava-se que os juízes eram irremovíveis, o que desagradou Jefferson. Alegando que a inamovibilidade comprometia a prerrogativa presidencial de indicar juízes federais, seu governo se recusou a confirmar algumas indicações, realizadas por seu antecessor momentos antes de deixar o cargo. O célebre caso conhecido como “*Marbury vs. Madison*”¹²⁷, que ocasionou a notável decisão da Suprema Corte em 1803, foi um dos efeitos dessa recusa¹²⁸.

¹²⁴ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 223.

¹²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos...** ob. cit., p. 16.

¹²⁶ Idem, p. 17-18.

¹²⁷ No caso “*Marbury vs. Madison*”, o juiz Marshal apresentou notável raciocínio sobre a natureza das Constituições escritas. Defendeu a tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária, ao afirmar que todo ato do Congresso contrário à Constituição Federal deveria ser nulo, inválido e ineficaz. A partir de então, foi instituído o sistema americano de controle que reconhece a via de exceção, no qual todo tribunal, federal ou estatal, independentemente de sua natureza ou grau hierárquico, poderá promover esse controle, sentenciando a inconstitucionalidade da lei. Cfr. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 311.

¹²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos...** ob. cit., p. 18.

Destaca-se que o controle de constitucionalidade apenas se consolidou no sistema político americano com a decisão proferida pela Suprema Corte de 1803 no caso “Marbury vs. Madison”. James Madison, então Secretário de Estado do presidente Jefferson, recusou a concessão da posse, sem nenhuma justificativa formal, a William Marbury, nomeado juiz federal no final do governo de John Adams. Sua conduta retrata uma tentativa de manter presente sua ideologia após a derrota para Jefferson, já que esses juízes possuíam relevantes poderes de ação política e, uma vez empossados, conquistavam garantias de vitaliciedade, podendo atuar, até mesmo, durante o mandato dos adversários de Adams¹²⁹.

John Marshall, Presidente da Suprema Corte Americana, foi Relator do caso. Nota-se que ele também havia sido nomeado por Adams, no final de seu mandato, para esse tribunal, além de ter sido Secretário de Estado desse mesmo presidente, o que o levou a acumular, por curto período, esses dois cargos. Em seu voto, Marshall argumentou que a competência originária da Suprema Corte para conhecer do caso havia sido regulada em lei de forma incompatível com a Constituição, que, segundo seu entendimento, possui um rol taxativo de competências originárias para o tribunal, que não poderia ser ampliado por dispositivo infraconstitucional. Assim, Marshall se recusou a conhecer o caso, embora tenha declarado, em seu voto, que Marbury possuía integral razão quanto ao mérito de sua demanda¹³⁰.

Ao assim decidir uma questão meramente processual, Marshall consagrou o princípio jurídico que dá ao Poder Judiciário competência para deixar de aplicar uma lei que considere inconstitucional. Resolveu, em uma única decisão judicial, uma questão extremamente controversa no âmbito político. Interessante destacar que o grupo político representado por Adams, derrotado, no qual Marshall havia militado e com o qual Madison havia rompido para unir-se a Jefferson, aspirava precisamente o controle judicial de constitucionalidade. O grupo político representado por Jefferson, vitorioso, não¹³¹.

Apesar de suas discordâncias, Thomas Jefferson não objetivava o enfraquecimento da magistratura. Não aderiu à proposta que suprimia a vitaliciedade dos juízes federais, além de ter sido favorável à independência dos magistrados. Seus questionamentos mais relevantes referiam-se ao controle de constitucionalidade dos atos do Congresso e do Executivo pelo Judiciário e ao efeito político da ampliação das competências do Judiciário, sobretudo da Suprema Corte¹³².

¹²⁹ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **Controle de Constitucionalidade** ..., ob. cit., p. 65-66.

¹³⁰ Idem, p. 66.

¹³¹ Idem, ibidem.

¹³² DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos...** ob. cit., p. 18.

Por outro lado, John Marshall reafirmava o republicanismo do Judiciário em diversos votos em que proferia como juiz. Entendia que a Suprema Corte, conciliadora dos princípios da justiça natural e da decisão nacional, resguardava a República¹³³.

Assim, essas particularidades relatadas demonstram que, inicialmente, os criadores dos Estados Unidos da América entendiam imprescindível a existência de um Poder Judiciário, independente e neutro, que inibisse excessos do Legislativo ou do Executivo. Com a criação do governo republicano, visou-se o caráter democrático do sistema judiciário, composto por juízes provenientes do povo ou nomeados pelo chefe do governo, por tempo limitado, afastando-se a possibilidade de um corpo técnico de profissionais. Demonstrando respeito ao princípio federativo, não havia um padrão uniforme de magistratura para os Estados, os quais podiam decidir sobre sua própria organização judiciária, desde que observados os princípios republicanos¹³⁴.

Com o decorrer do tempo, ocorreram mudanças substanciais quanto ao papel político, às competências, bem como quanto ao método de escolha dos juízes que, em mais de dois terços dos Estados, são eleitos, apesar de ser desaconselhada a eleição popular pela entidade nacional dos advogados. Em um número menor de Estados, os juízes federais são indicados pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado, enquanto os juízes estaduais são escolhidos pelo Governador, também diante de consentimento do Legislativo¹³⁵.

Ressalta-se que o Filósofo do Direito norte-americano, Ronald Dworkin observa que o escrutínio judicial é uma estratégia possível para reforçar a legitimidade de um governo e, assim, corroborar o direito majoritário de imposição de sua vontade em relação a outras questões¹³⁶.

A despeito das críticas quanto ao método de seleção de juízes adotado pelos Estados Unidos, a independência dos juízes é protegida. Considera-se que o Poder Judiciário, introduzido na Constituição para evitar que o poder concentrado suprimisse a liberdade, é fundamental no sistema de “freios e contrapesos”¹³⁷.

Os magistrados, em regra, não são vitalícios, o que revela a oposição, já demonstrada por Jefferson, a uma corporação ou a juízes profissionais. Apesar de ser permitida a reeleição, a escolha dos magistrados é realizada por tempo determinado. Entretanto, o repúdio à

¹³³ Idem, p. 19.

¹³⁴ Idem, ibidem.

¹³⁵ Idem, p. 19-20.

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 393.

¹³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos...** ob. cit., p. 20.

vitaliciedade não é irrestrito, uma vez que nos tribunais federais, assim como em alguns tribunais estaduais, o juízes são vitalícios¹³⁸.

Com relação aos juízes da Suprema Corte, conforme previsto na Constituição dos Estados Unidos da América, serão nomeados pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado. A definição da quantidade de membros, atualmente nove, que gozam de vitaliciedade, compete à legislação infraconstitucional. A Constituição estabelece que os magistrados exercerão o cargo enquanto “bem servirem” a nação. Os Ministros (*Justices*) servem por vinte, trinta e até quarenta anos e, como não há aposentadoria compulsória, só deixam o Tribunal, normalmente, às vésperas de morrer ou morrem ainda em atividade, passando um mesmo Ministro por diversos períodos presidenciais. Atualmente a Corte é dividida em linhas políticas, havendo uma espécie de estratégia na qual os Presidentes nomeiam Ministros cada vez mais novos, na expectativa de prolongarem sua influência política. Bush nomeou Roberts para presidir a Corte aos 50 anos; Alito tinha cerca de 55. Obama seguiu a mesma estratégia e nomeou Sonia Sotomayor e Elena Kagan, ambas em torno dos 50 anos¹³⁹¹⁴⁰.

2.5. Separação de Poderes e Poder Judiciário no Brasil

Em 1891, época da transição da monarquia para a república, a segunda Constituição brasileira, e primeira no sistema republicano de governo, acolheu o sistema de separação de poderes, estabelecendo a autonomia e independência recíproca dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Assim, além de definir o Judiciário como um Poder da república, explicitando sua condição de instituição política, afirmou sua equivalência aos demais, o que foi mantido em todas as Constituições subsequentes¹⁴¹.

A atual Constituição brasileira, inspirada no modelo de Montesquieu, determina como princípio fundamental a independência e harmonia dos Poderes Legislativo, Executivo

¹³⁸ Idem, p. 19-20.

¹³⁹ CASSEB, Paulo. **Fundamentos da Forma de Designação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.** In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2012, p. 38.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Supremo Tribunal Federal Brasileiro, Suprema Corte Americana e Tribunal Constitucional Federal Alemão: Algumas notas sobre as distinções existentes.** 2011. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/08/STF-Suprema-Corte-Corte-Constitucional_Merval.pdf> Acesso em 02 janeiro 2017.

¹⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos...** ob. cit., p. 99.

e Judiciário¹⁴². Também o Supremo Tribunal Federal brasileiro reconhece que a separação dos poderes, resguardada pela Constituição¹⁴³, adota o núcleo essencial de um modelo concreto, qual seja, o ajuste institucional acolhido pelo constituinte originário, e não um modelo abstrato (como por exemplo, o de Montesquieu). Contudo, desde que não haja tendência em abolir o núcleo essencial do modelo escolhido, as emendas constitucionais podem alterar aspectos do arranjo institucional adotado¹⁴⁴.

No Judiciário, um poder politicamente neutro, foi concentrada a maior quantidade de funções de julgamento. Seus membros não adotam posição política ou ideológica, uma vez que subordinam-se exclusivamente às normas vigentes na Carta Magna e nas leis infraconstitucionais¹⁴⁵, aplicando-as conforme os fins sociais a que se dirigem, respeitadas as exigências do bem comum¹⁴⁶.

A consagração, pela doutrina clássica, do Judiciário como poder do Estado, com função própria, proporcionou a retirada da administração da Justiça das mãos do governo. A existência de órgãos independentes no Estado, que apliquem a lei, inclusive contra o governo e a administração, é condição imprescindível para a liberdade e a proteção dos direitos humanos¹⁴⁷.

Em termos científicos, não existe uma função jurisdicional distinta da administrativa. Politicamente, para a garantia da liberdade individual, a aplicação da lei em casos concretos deve ser confiada a órgãos independentes e imparciais, não submissos ao governo, mas tão-

¹⁴² **Art. 2º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 17 dezembro 2016.

¹⁴³ **§4º, art. 60, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.” (grifo meu)

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 17 dezembro 2016.

¹⁴⁴ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Organização de Poderes em Montesquieu. Com especial referencia à doutrina de Jorge Miranda.** In SOUSA, Marcelo Rebelo de *et al.* (coord.). **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Direito Constitucional e Justiça Constitucional.** Vol. II. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 314.

¹⁴⁵ NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. **A Magistratura como Poder.** In Revista do Advogado, São Paulo, nº 43, 1994, p. 26, 28.

¹⁴⁶ **Art. 5º, Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942, com redação dada pela Lei nº 12.376/2010):**

“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm > Acesso em 08 janeiro 2017.

¹⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 214.

somente ao direito¹⁴⁸. “A independência do Judiciário é uma necessidade da liberdade individual.”¹⁴⁹

É necessário que efetivamente haja independência para julgar, sem qualquer interferência externa, direta ou indireta, seja do Executivo, do Legislativo, ou de qualquer outro órgão, a fim de que seja resguardada a imparcialidade e o exercício do poder como um todo¹⁵⁰.

A garantia de independência do Poder Judiciário brasileiro é reconhecida constitucionalmente. Cabe a ele próprio dispor sobre sua estrutura interna, elegendo seus presidentes e demais titulares de sua direção, organizando seus serviços auxiliares e provendo os cargos¹⁵¹.

As prerrogativas asseguradas aos magistrados completam as garantias do Judiciário. Destinam-se a resguardar a independência, inclusive contra pressões de outros órgãos judiciários, e a fornecer condições de imparcialidade. No direito brasileiro, essas garantias estão presentes e bem estruturadas e podem servir como parâmetro¹⁵².

¹⁴⁸ Idem, ibidem.

¹⁴⁹ Idem, ibidem.

¹⁵⁰ NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. **A Magistratura como...**, ob. cit., p. 26.

¹⁵¹ **Art. 96, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“Compete privativamente:

I - aos tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

- a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
- b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003](#))
- c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
- d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 22 dezembro 2016.

¹⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 217.

As garantias constitucionais¹⁵³ da independência dos magistrados são a *vitaliciedade* (o magistrado somente pode perder o cargo por força de decisão judiciária, o que não impede que, havendo interesse público, o juiz possa ser posto em disponibilidade pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos do tribunal), a *inamovibilidade* (o juiz não pode ser removido de sua sede de atividades para outra sem sua prévia concordância, contudo, essa anuência é dispensada em caso de interesse público, reconhecido pelo voto da maioria absoluta de membros efetivos do tribunal) e a *irredutibilidade de vencimentos* (que repercute na isenção de todos os impostos, salvo os gerais e os extraordinários)¹⁵⁴.

O Poder Judiciário brasileiro está dividido em órgãos, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal (STF), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), os Tribunais Regionais do Trabalho e os Juízes do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), os Tribunais Regionais Eleitorais e os Juízes Eleitorais, o Superior Tribunal Militar (STM), os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais de Justiça e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios¹⁵⁵.

¹⁵³ **Primeira parte, art. 95, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)”

Inciso VIII, art. 93, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 22 dezembro 2016.

¹⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 217.

¹⁵⁵ **Art. 92, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

II - o Superior Tribunal de Justiça;

II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016\)](#)

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)”

Em decorrência da forma federativa do Estado brasileiro, a organização judiciária possui dois sistemas, o da Justiça Federal e o da Justiça Estadual (dos Estados-membros). Não há juízes municipais, apesar de os Municípios gozarem de autonomia política e administrativa¹⁵⁶.

Cada Estado-membro possui sua própria Constituição¹⁵⁷, na qual sempre há um capítulo específico sobre o Judiciário. Entretanto, as normas fundamentais de organização de todo o Poder Judiciário, inclusive da Justiça Estadual, estão estabelecidas na Constituição Federal. Assim, todos os Estados seguem o mesmo padrão de organização, o que não impede a democratização e modernização, uma vez que é possível constatar que alguns Estados avançaram mais do que outros¹⁵⁸.

No Brasil, com exceção dos Ministros nomeados pelo Poder Executivo (magistrados que, na maioria das vezes, não são originários da magistratura de carreira) e das pessoas ingressantes nos tribunais por meio do chamado quinto constitucional¹⁵⁹, a seleção dos magistrados se dá mediante concurso público¹⁶⁰, aberto, em igualdade de condições, a todos os candidatos que preencherem as condições fixadas em lei, suprimido qualquer tipo de

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 22 dezembro 2016.

¹⁵⁶ **Caput, art. 18, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 19 dezembro 2016.

¹⁵⁷ **Caput, art. 25, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 19 dezembro 2016.

¹⁵⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos...** ob. cit., p. 99-100.

¹⁵⁹ **Caput, art. 94, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 22 dezembro 2016.

¹⁶⁰ **Inciso I, art. 93, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 18 dezembro 2016.

privilégio ou discriminação. A legitimidade desse modo de ingresso na carreira não é menor do que a originada do processo eleitoral, uma vez que decorre da Constituição¹⁶¹.

Os concursos realizados pelos tribunais, com a participação obrigatória da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), têm demonstrado ser um bom caminho, o que não quer dizer que não possam ser aperfeiçoados¹⁶². A averiguação do preparo intelectual dos candidatos a juiz é extremamente fundamental e relaciona-se diretamente ao papel social do juiz. Além dos bons conhecimentos técnico-jurídicos que o candidato deve possuir, é indispensável a comprovação de equilíbrio, serenidade, objetividade e respeito aos aspectos humanos e sociais e às circunstâncias de um processo judicial¹⁶³.

Com relação ao modelo de escolha dos membros de cúpula do Poder Judiciário, há forte influência das instituições dos Estados Unidos. O Supremo Tribunal Federal brasileiro é composto por onze Ministros, que podem ou não ser provenientes do Poder Judiciário, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal. O indicado ao cargo deve ser aprovado pela maioria absoluta do Senado, cuja deliberação é precedida de arguição pública pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania daquela Casa Legislativa. Após aprovação, o escolhido é nomeado pelo Presidente da República e está habilitado a tomar posse no cargo¹⁶⁴.

Uma vez empossado, o Ministro do Supremo Tribunal Federal somente perderá o cargo por renúncia, aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade ou *impeachment*¹⁶⁵.

Observa-se que na Europa, após longa discussão acadêmica entre as duas guerras, foi consagrada constitucionalmente, após a Segunda Guerra mundial, a instituição de uma justiça

¹⁶¹ Cfr. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos...** ob. cit., p. 24-25 e OTERO, Cleber Sanfelici. **Poder Judiciário e Democracia: são os Juízes reféns do Sistema?** In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de. **Acesso à Justiça. Uma Perspectiva da Democratização da Administração da Justiça nas Dimensões, Social, Política e Econômica.** Birigui, Boreal, 2012, p. 54.

¹⁶² Concorde-se com a proposta de Dalmo Dallari (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos...** ob. cit., p. 25), segundo a qual seria necessário exigir maior experiência dos candidatos, como por exemplo, a fixação da idade mínima de trinta anos, e de cinco anos, pelo menos, de prática efetiva de uma profissão jurídica. O autor observou que os pressupostos necessários relativos ao requisito da honestidade e à verificação da personalidade podem ser confirmados por meio da ajuda de profissionais qualificados.

¹⁶³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos...** ob. cit., p. 25-26.

¹⁶⁴ **Art. 101, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 22 dezembro 2016.

¹⁶⁵ Observa-se que a idade para aposentadoria compulsória dos Ministros do STF foi aumentada de 70 para 75 anos, por meio de liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5316, que discutia a Emenda Constitucional (EC) 88/2015, na sessão de 21 de maio de 2015. Maiores informações disponíveis em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292036> > Acesso em 02 janeiro 2017.

constitucional, cuja maioria dos países optou por entregá-la a um tribunal especial e especificamente criado para decidir os problemas jurídicos de constitucionalidade, um Tribunal Constitucional¹⁶⁶.

Os juízes que integram os Supremos Tribunais, geralmente, são designados pelos Presidentes, com audição e/ou ratificação parlamentar. A duração dos respectivos mandatos pode variar, mas, na origem, a legitimação democrática ocorre pela designação feita por órgãos que, por sua vez, foram eleitos democraticamente¹⁶⁷.

Assim, na maioria dos países, os Tribunais Constitucionais possuem mecanismos separados da estrutura dos demais tribunais, com juízes nomeados pelos Parlamentos e / ou pelos Presidentes da República, sem a necessidade de estarem atrelados às carreiras judiciárias¹⁶⁸.

Cabe aos Tribunais superiores sanar eventuais erros e injustiças, por meio do reexame das decisões e sentenças, conforme as regras processuais e aos Conselhos Superiores da Magistratura, às Corregedorias Gerais de Justiça e aos Plenários dos Tribunais examinar a conduta funcional dos juízes¹⁶⁹.

Relevante, ainda, no Brasil, o papel do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituição pública que objetiva aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, nomeadamente quanto ao controle e à transparência administrativa e processual. Trata-se de um instrumento efetivo do Poder Judiciário para alcançar moralidade, eficiência e efetividade na realização da prestação jurisdicional em benefício da sociedade¹⁷⁰.

3. Direitos Fundamentais

Na época do Estado liberal - do “antigo” Direito Constitucional, o da separação dos poderes - a organização jurídica dos poderes era a esfera mais crítica para o estabelecimento de um Estado de Direito democrático. A distribuição de suas competências, a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania, bem como a determinação de seus limites

¹⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Em Defesa do Tribunal...**, ob. cit., p. 32.

¹⁶⁷ Idem, p. 34.

¹⁶⁸ MIRANDA, Jorge. **Juízes Constitucionais e Parlamentos: a experiência de Portugal**. Lisboa: 2012. Acesso on-line: Instituto de Ciências Jurídicas Políticas da FDUL, p. 20.

¹⁶⁹ NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. **A Magistratura como...**, ob. cit., p. 26.

¹⁷⁰ Maiores informações disponíveis em < <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos> > Acesso em 6 dezembro 2016.

demonstravam a complexidade da divisão dos poderes. Havia menos conflitos entre o cidadão e o Estado do que nas relações entre os poderes. Remanescia a desconfiança das épocas do absolutismo, deixando o Poder Executivo mais ostensivamente sujeito aos freios e controle do sistema parlamentar¹⁷¹.

Entretanto, hoje, com o novo Direito Constitucional, os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural culminante. A tensão deslocou-se para a esfera dos direitos fundamentais.

Na Constituição, enquanto a tripartição e a organização dos poderes representam, de último, a imagem do Estado, os direitos fundamentais são o espelho da Sociedade. Tais direitos são demasiados complexos, uma vez que exibem os fatores sociais do poder, dependentes de constantes variações, das quais recebem um certo grau de relevância interpretativa¹⁷².

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais sofreram várias alterações, tanto em seu conteúdo, como em sua titularidade, eficácia e concretização¹⁷³.

Destaca-se uma particularidade relativa aos direitos fundamentais que diz respeito ao fato de estarem eles consagrados em preceitos da ordem jurídica. Essa característica auxilia na distinção entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos¹⁷⁴.

Os direitos humanos, ou direitos do homem, possuem natureza filosófica, são requeridos em bases jusnaturalistas e reservados para reivindicações relativas a certas posições essenciais ao homem. Não têm como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular. A expressão direitos humanos, de vocação universalista, é utilizada para designar pretensões respeitantes à pessoa humana, constantes de documentos de direito internacional¹⁷⁵.

Por outro lado, os direitos fundamentais estão relacionados a posições básicas das pessoas, inseridas em diplomas normativos de cada Estado. São direitos garantidos e limitados no espaço e no tempo, uma vez que prevalecem numa ordem jurídica concreta. São garantidos na medida em que cada Estado os consagra¹⁷⁶.

¹⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 601.

¹⁷² Idem, ibidem.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 45.

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 145.

¹⁷⁵ Idem, ibidem.

¹⁷⁶ Idem, ibidem.

Nota-se que apesar de existir essa distinção conceitual entre as expressões direitos humanos e fundamentais, há uma interação recíproca entre eles. Assim como os direitos humanos internacionais podem encontrar embasamentos nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados, estes também podem acolher em seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos constantes de declarações internacionais¹⁷⁷.

Já quanto ao modo de proteção e grau de efetividade, as expressões não são coincidentes. Os mecanismos de implementação são mais céleres e eficazes nas ordens internas do que na ordem internacional¹⁷⁸.

3.1. A Evolução dos Direitos Fundamentais em Dimensões Sucessivas

Antes de dar seguimento ao raciocínio acerca dos Direitos Fundamentais, entende-se relevante abordar a divisão cronológica desses direitos em fases - dimensões ou gerações¹⁷⁹ -, o que proporciona a compreensão do momento social em que eles surgiram. A importância da classificação se reflete nos campos político, filosófico e teórico, bem como no didático.

Na ordem institucional, os direitos fundamentais manifestam-se em três¹⁸⁰ dimensões sucessivas (direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos), que revelam um processo

¹⁷⁷ Idem, ibidem.

¹⁷⁸ Idem, ibidem.

¹⁷⁹ Há críticas doutrinárias, nacionais e internacionais, dirigidas contra o termo “gerações”. A discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso quanto ao conteúdo das respectivas dimensões e gerações de direitos. Fato é que os novos direitos fundamentais possuem caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de modo que o uso da expressão “gerações” poderia causar a impressão equivocada de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual opta-se utilizar, na presente pesquisa, o termo “dimensão”. Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos ...**, ob. cit., p. 45-46 e CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Bahia: Juspodvim, 2012, p. 615-617.

¹⁸⁰ Apesar de não haver consagração nas ordens jurídicas interna e internacional, atualmente há relevante tendência doutrinária em reconhecer a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais. O Professor Doutor Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 570-572, 579-581) entende que essa dimensão compreende os direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação, que constituem a base de uma legitimação de uma possível globalização política e deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A quarta dimensão reflete o resultado da globalização dos direitos fundamentais e corresponde à última fase da institucionalização do Estado Social. Não somente alcançam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes, assim como abarcam a subjetividade dos direitos da primeira dimensão. Sintetizam o futuro da cidadania e da liberdade de todos os povos e proporcionam a legítima e possível globalização política. Os direitos da primeira dimensão, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade formam uma pirâmide cujo cimo seria o direito à democracia, direito da quarta dimensão. O autor ainda propõe o reconhecimento do direito à paz como direito de quinta dimensão, recomendando seu traslado da terceira para a quinta dimensão de direitos fundamentais. Entende que o direito à paz, um dos progressos mais notáveis já consagrados pela teoria dos direitos fundamentais, é condição essencial à evolução de todas as nações e deve ser elevado a direito da quinta

cumulativo e qualitativo. Sua história é a mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de instrumentos que proporcionam a concretização de valores, cuja identidade encontra-se primeiro na Sociedade e não nos domínios do poder estatal¹⁸¹.

A primeira perspectiva histórica da evolução dos direitos fundamentais em dimensões compreende os direitos previstos nas Revoluções americana e francesa. Foram nomeados de direitos da primeira dimensão, uma vez que foram os primeiros a ser positivados. Demonstram a premissa de abstenção dos governantes, que gerou obrigações de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo¹⁸².

Os direitos da primeira dimensão são os direitos da liberdade – direitos civis e políticos. Foram os primeiros que fizeram parte do instrumento normativo constitucional. Historicamente, correspondem, em grande parte, à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente¹⁸³.

O titular desses direitos é o homem particularmente considerado. Os direitos da primeira dimensão, atributos da pessoa, são oponíveis ao Estado e apresentam uma subjetividade, sua característica mais marcante.

Trata-se de liberdades individuais que revelam uma pretensão universalista. São as liberdades de consciência e de reunião e a inviolabilidade de domicílio¹⁸⁴.

A negligência com os problemas sociais, as pressões resultantes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o aumento das disparidades no interior da sociedade motivaram novas reivindicações, gerando para o Estado um papel ativo na realização da justiça social. Assim, diante da preocupação com as desigualdades sociais e da intenção de se estabelecer uma liberdade real e igual para todos, surgiram os direitos da segunda dimensão¹⁸⁵.

Os direitos da segunda dimensão dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, entre outros. São denominados “direitos sociais”, uma vez que estão relacionados a reivindicações de justiça social. Na maior parte dos casos, seus titulares são indivíduos singularizados, o que demonstra que os direitos sociais não estão necessariamente relacionados a direitos de coletividades¹⁸⁶.

dimensão.

¹⁸¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 563, 574.

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 135.

¹⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 563.

¹⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 135.

¹⁸⁵ Idem, ibidem.

¹⁸⁶ Idem, ibidem.

Essa geração de direitos prevaleceu no século XX do mesmo modo que os direitos da primeira dimensão preponderavam no século passado. Os direitos sociais, culturais e econômicos, assim como os direitos coletivos ou de coletividades, foram associados ao constitucionalismo das diversas formas de Estado social. Surgiram vinculados ao princípio da igualdade, sua razão de existência, que os ampara e estimula¹⁸⁷.

O princípio da igualdade ganhou destaque na segunda dimensão dos direitos fundamentais, diante do acolhimento dos direitos à prestação e do reconhecimento de liberdades sociais, como por exemplo os direitos de greve e à sindicalização¹⁸⁸.

Assim como os direitos da primeira dimensão, esses direitos foram inicialmente questionados nos domínios filosóficos e políticos de acentuado cunho ideológico. Diante da juridicidade questionada e em face de não possuírem as garantias dos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade, foram remetidos à chamada “esfera programática”¹⁸⁹.

Contudo, os direitos da segunda dimensão prevaleceram nas Constituições do segundo pós-guerra, tendo sido acolhidos nas Declarações solenes das Constituições marxistas e no constitucionalismo da social-democracia¹⁹⁰.

Imperava, em quase todos os sistemas jurídicos, o entendimento de que apenas os direitos da liberdade possuíam aplicabilidade imediata, enquanto os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador¹⁹¹.

Entretanto, os direitos fundamentais da segunda dimensão tendem a ser tão efetivos como os da primeira. Recentes Constituições, inclusive a do Brasil, possuem o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais¹⁹².

Destaca-se aqui o surgimento de um novo significado de direitos fundamentais relacionado a valores sociais que requerem realização concreta, por meio de vínculos normativos e institucionais. O Estado se revela como um agente de extrema relevância na concretização dos direitos fundamentais da segunda dimensão¹⁹³.

Na época da primeira dimensão, os direitos fundamentais estabeleciam, fundamentalmente, as garantias fundamentais da liberdade. A partir da segunda dimensão, foram abrangidas, além dessas primeiras garantias, as concepções de objetividade e de valores

¹⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 564.

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 135.

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 564.

¹⁹⁰ Idem, ibidem.

¹⁹¹ Idem, p. 565.

¹⁹² Idem, p. 564.

¹⁹³ Idem, p. 567.

relativamente aos direitos fundamentais. Tanto o princípio da igualdade como o da liberdade assumiram novo sentido. Deixaram de ser mero direito individual, que demanda tratamento igual e uniforme, e receberam uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado¹⁹⁴.

Os direitos de liberdade constituem limites ao poder do Estado, embora este último também se beneficie deles, uma vez que passa a existir uma estabilização decorrente da sua relação com a sociedade. Por outro lado, os direitos fundamentais sociais, que nasceram com o Estado social, diversamente dos direitos de liberdade, implicam em uma colaboração entre o Estado e sociedade. Não se trata de limites em sentido próprio, mas de deveres do Estado na promoção do bem-estar e igualdade material¹⁹⁵.

Os direitos da terceira dimensão, caracterizados pelo alto teor de humanismo e pela universalidade, foram, historicamente, acrescentados aos da liberdade e da igualdade. Tendem a consolidar-se no fim do século XX como direitos que não se reservam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Seu destinatário é o “gênero humano”¹⁹⁶.

Assim, diante da titularidade difusa ou coletiva e da proteção de grupos, e não do homem isoladamente, a terceira dimensão engloba os direitos ao meio ambiente, à paz, ao desenvolvimento e à conservação do patrimônio histórico e cultural¹⁹⁷.

Observa-se que para qualificar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a designação “direitos de terceira geração” já foi utilizada no Supremo Tribunal Federal brasileiro¹⁹⁸.

Em conclusão, nota-se que a sucessão de dimensões não implica no entendimento de que os direitos previstos num momento tenham sido superados por aqueles surgidos posteriormente. Mesmo que o significado de cada direito receba influência das atuais concepções jurídicas e sociais, os direitos de cada geração continuam vigentes

¹⁹⁴ Idem, p. 568-569.

¹⁹⁵ ALEXANDRINO, José Melo. **Lições de Direito...** ob. cit., p. 140-141.

¹⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 569.

¹⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 136.

¹⁹⁸ **RE 134.297 STF, 22.09.1995, Rel. Min. Celso de Mello:**

“... Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do dominus, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, PAR. 4, da Constituição. – Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, caput).” Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+134297%2ENUMER%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+134297%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa4b7ej> < Acesso em 16 novembro 2016.

concomitantemente com os direitos da nova geração, o que faz com que um antigo direito possa ter seu sentido adaptado às novidades constitucionais¹⁹⁹.

Assim, a divisão dos direitos fundamentais em dimensões retrata o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Os direitos decorrentes das diversas dimensões relacionam-se entre si²⁰⁰.

A divisão dos direitos fundamentais em dimensões ocorreu diante da necessidade de se estabelecer os diferentes momentos em que surgiram esses grupos de direitos como reivindicações admitidas pela ordem jurídica²⁰¹.

A análise dos antecedentes históricos demonstra que os direitos fundamentais são frutos de demandas concretas, ocasionadas por persistentes lutas contra as ofensas aos bens indispensáveis à existência digna da pessoa humana. Em outras palavras, os direitos fundamentais são consequências da luta histórica pela afirmação do princípio da dignidade humana, essência de todas as reivindicações²⁰².

A evolução dos direitos fundamentais também revela que os direitos de liberdade como garantia contra o Estado foram considerados insuficientes, o que levou à reivindicação de uma atuação efetiva do Estado, que proporcionasse os meios necessários a uma existência digna, para a concretização daqueles direitos²⁰³.

Portanto, os direitos fundamentais romperam a primeira fase, na qual, posicionados no campo da moral, se confundiam com o direito natural, e avançaram para etapa atual, alcançando um estágio de reconhecimento constitucional, onde a maior preocupação é a busca da efetivação desses direitos²⁰⁴.

Uma reflexão sobre a proteção e efetivação dos direitos fundamentais é o que propõe esta pesquisa acadêmica.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 136.

²⁰⁰ Idem, ibidem.

²⁰¹ Idem, ibidem.

²⁰² CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 629.

²⁰³ Idem, ibidem.

²⁰⁴ Idem, ibidem.

3.2. Elenco dos Direitos Fundamentais

O elenco dos direitos fundamentais varia conforme a época, sua consolidação decorre de um processo de desenvolvimento histórico. Não há uniformidade no conjunto, nem na própria estrutura dos direitos considerados fundamentais²⁰⁵.

Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são anseios que surgem em cada momento histórico, a partir da perspectiva do valor da dignidade humana²⁰⁶.

No rol brasileiro dos direitos fundamentais há prerrogativas que abrangem todos os homens, como o direito à vida, e outras que interessam apenas a uma parcela da sociedade, como o direito dos trabalhadores²⁰⁷.

Exemplo concreto no direito brasileiro acerca do conjunto de direitos fundamentais compreendidos em determinado contexto histórico pode ser observado na evolução da pena de caráter perpétuo.

Assim como a Constituição anterior, a atual Carta Magna estabeleceu a vedação à pena de caráter perpétuo²⁰⁸. Antes de 1988, essa proibição se restringia à esfera das reprimendas penais. Após, passou a ser também aplicável a outras espécies de sanções. No final do ano de 1998, o STF²⁰⁹ confirmou acórdão do STJ²¹⁰ e estendeu essa garantia ao

²⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 133-134, 137.

²⁰⁶ Idem, ibidem.

²⁰⁷ Idem, p. 141.

²⁰⁸ **§11, art. 150, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967:**

“Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.” ([Redação dada pelo Ato Institucional nº 14, de 1969](#)).

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm > Acesso em 23 de novembro 2016.

Inciso XLVII, art. 5º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“Não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;” (grifo meu)

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 23 novembro 2016.

²⁰⁹ **RE 154.134 STF, 20.10.1999, Rel. Min. Sidney Sanches:**

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS DE ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INADMISSIBILIDADE: ART. 5º, XLVI, "e", XLVII, "b", E § 2º, DA C.F. REPRESENTAÇÃO DA UNIÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE PARA INTERPOSIÇÃO DO R.E. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. À época da interposição do R.E., o Ministério Público federal ainda representava a União em Juízo e nos Tribunais. Ademais, em se tratando de Mandado de Segurança, o Ministério Público oficia no processo (art. 10 da Lei nº 1.533, de 31.12.51), e poderia recorrer, até, como "custos legis". Rejeita-se, pois, a preliminar suscitada

domínio das sanções administrativas. Os tribunais passaram a entender que o direito fundamental contra penas de caráter perpétuo impede a determinação de inabilitação permanente para o exercício de cargos de administração ou gerência de instituições financeiras²¹¹.

Nota-se que apesar desse entendimento do STF, a corte continuou, por um certo período, a admitir a extradição para o cumprimento de penas de caráter perpétuo²¹², jurisprudência apenas alterada em 2004²¹³. Este exemplo demonstra o caráter histórico-evolutivo, logo não necessariamente uniforme, da proteção aos direitos fundamentais²¹⁴.

nas contra-razões, no sentido de que lhe faltaria legitimidade para a interposição. 2. No mérito, é de se manter o aresto, no ponto em que **afastou o caráter permanente da pena de inabilitação imposta aos impetrantes**, ora recorridos, em face do que dispõem o art. 5, XLVI, "e", XLVII, "b", e § 2 da C.F. 3. Não é caso, porém, de se anular a imposição de qualquer sanção, como resulta dos termos do pedido inicial e do próprio julgado que assim o deferiu. 4. Na verdade, o Mandado de Segurança é de ser deferido, apenas para se **afastar o caráter permanente da pena de inabilitação**, devendo, então, o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada. 5. Nesses termos, o R.E. é conhecido, em parte, e, nessa parte, provido." (grifos meus)
Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211762> > Acesso em 23 novembro 2016.

²¹⁰ **MS 1 119 STJ, 01.06.1992, Rel. Min. Peçanha Martins:**

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIRETOR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 5º, LXXVII, §2º E XLVI, LETRA “E”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEFERIMENTO.

I. Os direitos e garantias expressamente previstos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios nela adotados (art. 5º, LXXVII, §2º).

II. **A vedação às penas de caráter perpétuo não pode ser interpretada restritivamente**, estendendo-se às penalidades de suspensão e interdição de direitos capitulados no inciso XLVI, letra “e”, do mesmo artigo.

III. Segurança concedida.” (grifos meus)

Disponível

em

<

https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100147699&dt_publicacao=16-03-1992&cod_tipo_documento=&formato=PDF > Acesso em 23 novembro 2016.

²¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 142-143.

²¹² **EXTR 711 STF, 20.08.1999, Rel. Min. Octavio Gallotti:**

“EMENTA: PLENO EXERCÍCIO DE DEFESA, POR MEIO DE ADVOGADO CONSTITUÍDO. DESNECESSIDADE DE REPRODUÇÃO, NOS AUTOS, DO TEXTO DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO, DEVIDAMENTE PUBLICADO NO “DIÁRIO OFICIAL”. **NÃO É MOTIVO DE RESTRIÇÃO, AO DEFERIMENTO DO PEDIDO, A POSSIBILIDADE DA CONDENAÇÃO DO PACIENTE À PENA DE PRISÃO PERPÉTUA.** EXTRADIÇÃO, EM PARTE, CONCEDIDA (CRIME DE HOMICÍDIO), EXCLUINDO-SE A PERSECUÇÃO PELA POSSE E PORTE DE ARMA DE FOGO, QUE NÃO ERAM PREVISTOS COMO CRIME PELA LEI BRASILEIRA, À ÉPOCA DO FATO.” (grifo meu)

Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324896> > Acesso em 23 novembro 2016.

²¹³ **EXT 855 STF, 01.07.2005, Rel. Min. Celso de Mello:**

“EMENTA: EXTRADIÇÃO - ATOS DELITUOSOS DE NATUREZA TERRORISTA - DESCARACTERIZAÇÃO DO TERRORISMO COMO PRÁTICA DE CRIMINALIDADE POLÍTICA - CONDENAÇÃO DO EXTRADITANDO A DUAS (2) PENAS DE PRISÃO PERPÉTUA - INADMISSIBILIDADE DESSA PUNIÇÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO (CF, ART. 5º, XLVII, "B") - EFETIVAÇÃO EXTRADICIONAL DEPENDENTE DE PRÉVIO COMPROMISSO DIPLOMÁTICO CONSISTENTE NA COMUTAÇÃO, EM PENAS TEMPORÁRIAS NÃO SUPERIORES A 30 ANOS, DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA - PRETENDIDA EXECUÇÃO IMEDIATA DA ORDEM EXTRADICIONAL, POR DETERMINAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - IMPOSSIBILIDADE - PRERROGATIVA QUE ASSISTE, UNICAMENTE, AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, ENQUANTO CHEFE DE ESTADO - PEDIDO DEFERIDO, COM RESTRIÇÃO.

3.3. Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais

A Constituição brasileira de 1988, por meio de seu parágrafo 1º de seu artigo 5º (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”²¹⁵), autoriza que os operadores do direito, mesmo na ausência de comando legislativo, concretizem os direitos fundamentais por meio da via interpretativa. Assim, os juízes devem aplicar diretamente as normas constitucionais para solucionar os casos sob a sua apreciação. Observa-se que os magistrados podem até mesmo aplicar os direitos fundamentais contra a lei, caso esta não esteja em consonância com o sentido constitucional daqueles²¹⁶.

Seguindo os passos de Portugal²¹⁷ e Espanha²¹⁸, o ordenamento constitucional do Brasil acolheu, expressamente, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais²¹⁹.

... Doutrina. EXTRADIÇÃO E PRISÃO PERPÉTUA: NECESSIDADE DE PRÉVIA COMUTAÇÃO, EM PENA TEMPORÁRIA (MÁXIMO DE 30 ANOS), **DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA - REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM OBEDIÊNCIA À DECLARAÇÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS** (CF, ART. 5º, XLVII, "b"). - A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais - considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, "b" da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo - estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira...” (grifo meu)

Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325004> > Acesso em 23 novembro 2016.

²¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 143.

²¹⁵ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 30 novembro 2016.

²¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 152.

²¹⁷ **Art. 18º, Constituição da República Portuguesa de 1976:**

“Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

Disponível em < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> > Acesso em 29 novembro 2016.

²¹⁸ **Artigo 53, Constituição espanhola de 1978:**

- “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).
2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.
3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

Essas constituições do pós-guerra seguiram o caminho da Constituição de Bona²²⁰, que prescrevia que os direitos fundamentais eram diretamente aplicáveis e vinculavam o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário²²¹.

No constitucionalismo norte-americano sempre se entendeu que os direitos fundamentais “jusnaturalisticamente” justificados e depois incorporados na Constituição como normas jurídicas superiores embasam direitos subjetivos juridicamente acionáveis²²².

No direito continental europeu, por outra perspectiva, até meados do século XX, observa-se que as normas de direitos fundamentais só recebiam força jurídica por meio de leis de regulamentação desses mesmos direitos. Questionava-se a “validade, a vinculatividade, a atualidade e a força obrigatória geral” dos direitos fundamentais positivados na Constituição. Tratava-se de normas, que sem a presença das leis regulamentadoras, eram pouco mais do que declarações político-constitucionais²²³.

Com o estabelecimento da aplicação imediata das disposições consagradoras de direitos, liberdades e garantias constantes das constituições do pós-guerra almejou-se,

Disponível em < <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229> > Acesso em 29 novembro 2016.

Tradução livre do art. 53:

1. Os direitos e liberdades reconhecidos no segundo capítulo do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Somente por meio de lei, que em qualquer caso, deverá respeitar o seu conteúdo essencial, poderá regular o exercício de tais direitos e liberdades, que são protegidos em conformidade com o disposto no artigo 161, 1, a).
2. Qualquer cidadão poderá solicitar a tutela das liberdades e dos direitos reconhecidos no artigo 14 e da primeira Seção do segundo Capítulo para os Tribunais comuns por um procedimento baseado nos princípios de preferência e brevidade direitos e, se for caso disso, por meio do recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicável à objeção de consciência reconhecida no artigo 30.
3. O reconhecimento, o respeito e a proteção dos princípios reconhecidos no terceiro Capítulo informarão a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos. Somente poderão ser invocados perante a Jurisdição ordinária de com as disposições das leis que os implementam.

²¹⁹ Destaca-se que o texto brasileiro refere-se aos direitos fundamentais em geral, não se limitando aos direitos individuais.

§ 1º, art. 5º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 29 novembro 2016.

²²⁰ **Art. 1, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949:**

“[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

- (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.
- (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.
- (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.” (tradução de Aachen Assis Mendonça)

Disponível em < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> > Acesso em 29 novembro 2016.

²²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 145.

²²² Idem, ibidem.

²²³ Idem, p. 145-146.

essencialmente, reforçar a sua normatividade, ressaltando sua natureza de direito constitucional e sua força normativa independente de uma lei que a efetive^{224 225}.

O Douto Constitucionalista Canotilho observa que a simples afirmação da aplicabilidade direta não rechaça a necessidade de um exame detalhado dos seus requisitos²²⁶.

Certo é que a aplicabilidade direta das normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias proporcionam ao seu titular o direito de invocá-las, uma vez que os direitos fundamentais acarretam, em regra, direitos subjetivos. Entretanto, num sentido clássico de direitos absolutos, a aplicabilidade direta não pressupõe que estas normas consagradoras de direitos representem direitos subjetivos²²⁷.

É necessário haver um grau satisfatório de determinabilidade, que permita delimitar o espaço de proteção de um direito fundamental e seus efeitos jurídicos, além das ressalvas necessárias ao equilíbrio dos direitos em conflito²²⁸.

A aplicabilidade direta dos direitos fundamentais retrata um fortalecimento da normatividade, contudo, quando não há um conteúdo jurídico-constitucional determinável o suficiente em relação ao âmbito de proteção e aos efeitos jurídicos, ressurge, de certo modo, a antiga concepção de necessidade de lei regulamentadora²²⁹.

“A determinabilidade é uma característica das normas jurídicas.”²³⁰ É pressuposto do próprio sistema de direitos, liberdades e garantias. Está relacionada às questões de juridicidade e deve ser estudada conforme os princípios estruturantes do Estado de Direito democrático. Sem ela não há aplicabilidade direta, que pressupõe que as normas garantidoras de direitos e liberdades possuem um conteúdo jurídico suficientemente claro. Sem aplicabilidade direta não existe normatividade reforçada, o que prejudica o objetivo constitucional de um sistema no qual são as leis que se movem dentro dos direitos fundamentais e não o contrário²³¹.

²²⁴ Idem, p. 146.

²²⁵ Por outras palavras, o consagrado Jurista português Canotilho ensina que “os preceitos consagradores de direitos, liberdade e garantias concebem-se e valem:

(1) como *norma normata* e não apenas como *norma normans*;

(2) *prima facie*, aplicam-se directamente sem necessidade de uma *auctoritatis interpositio*, sobretudo na forma de *interpositio legislatoris*;

(3) *prima facie*, constituem *direito actual e eficaz*.”

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos...**, ob. cit., p. 146.

²²⁶ Idem, ibidem.

²²⁷ Idem, p. 146-147.

²²⁸ Idem, p. 146.

²²⁹ Idem, p. 147.

²³⁰ Idem, ibidem.

²³¹ Idem, p. 149.

O grau de determinabilidade varia, podendo ser mais ou menos exigente, conforme a matéria. Em termos práticos, observa-se que o grau máximo é atingido em sede jurídico-penal, por meio do princípio da tipicidade e da determinação das penas. Por outro ângulo, as normas de um Estado de Direito democrático, que aspirem ser normas de comportamento para os particulares, de ação para as autoridades executivas e de controle para as entidades com poder de fiscalização, devem possuir um alto grau, sob pena de invalidade²³².

A segurança jurídica também encontra-se atrelada à necessidade de ser determinável. Os três aspectos essenciais dessa segurança revelam-se na forma de atuação, no conteúdo da realização e na certeza do resultado jurídico que se deve alcançar. A segurança por meio da determinabilidade busca a garantia contida na previsibilidade normativa, estabelecida numa disciplina jurídica geral, mas eficientemente definida²³³.

Igualmente, há ligação com a questão da igualdade jurídica, que traz a reflexão acerca da necessidade ou não de exigência constitucional, provocada pela igualdade na realização dos direitos liberdades e garantias, da individualização de direitos e da necessidade serem os seus preceitos reguladores determináveis, a fim de se obter uma norma juridicamente operativa para adequação do espaço normativo dos mesmos direitos²³⁴.

Por fim, está presente a questão de legislação, uma vez que a produção de normas sempre exigiu que o legislador se preocupe com a precisão e clareza²³⁵.

3.4. Constitucionalização dos Direitos Fundamentais

O fenômeno denominado de constitucionalização dos direitos fundamentais se deu quando as Constituições passaram a positivar em seus textos um catálogo desses direitos, assegurando a força necessária para efetivação e proteção de suas disposições. Diante do reconhecimento do indispensável caráter jurídico, o Estado se viu compelido a respeitar e a promover os direitos fundamentais. A positivação desses direitos em normas constitucionais subtrai o seu reconhecimento e proteção da competência do legislador ordinário²³⁶.

A constitucionalização dos direitos fundamentais, ou seja, o fato de os direitos fundamentais estarem inseridos na Constituição, é uma das características do Estado de

²³² Idem, p. 148.

²³³ Idem, ibidem.

²³⁴ Idem, p. 149.

²³⁵ Idem, ibidem.

²³⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 634.

Direito democrático. Os direitos fundamentais, base da Constituição, são considerados como condição de existência e vigência do Estado Constitucional de Direito, integrando sua essência.²³⁷.

A positivação dos direitos fundamentais torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos e impede que sejam alterados por mera vontade dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), uma vez que não se trata de simples autolimitação. Nenhum desses poderes se confunde com o poder superior que consagra o direito fundamental. Os atos dos poderes constituídos devem estar em consonância com os direitos fundamentais, sob pena de invalidade²³⁸.

A constitucionalização dos direitos fundamentais está presente no direito brasileiro, de modo que as normas que os acolhem impõe-se a todos os poderes constituídos, até mesmo ao poder de reforma da Constituição²³⁹.

Nota-se que todas as Constituições brasileiras continham uma Declaração de Direitos, ressaltando-se a atual, de 1988, que possui extenso rol de direitos fundamentais, sem precedentes na história constitucional brasileira, contudo, mesmo assim, inesgotável²⁴⁰.

José Afonso da Silva aponta que a Constituição do Império do Brasil, de 1824, anterior à da Bélgica, de 1831, foi a primeira Carta Magna do mundo a positivar os direitos fundamentais, garantindo-lhes concreção jurídica eficaz²⁴¹.

Não obstante, como lembra Dirley da Cunha Júnior, é incontestável que a Carta Magna norte-americana, a primeira Constituição escrita do mundo, já apresentava uma Declaração de Direitos nas suas dez primeiras emendas de 1791²⁴².

A constitucionalização dos direitos fundamentais atribui reforçada proteção jurídica a esses direitos, sendo-lhes garantido um regime jurídico especial, inclusive contra as demais normas constitucionais, conforme se observa nos artigos 5º, §1º²⁴³ e 60, §4º, IV²⁴⁴, da

²³⁷ Idem, ibidem.

²³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito**..., ob. cit., p. 145.

²³⁹ Idem, ibidem.

²⁴⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito**..., ob. cit., p. 637.

²⁴¹ O Professor Doutor José Afonso explica que “Em verdade, ao menos no referente aos direitos individuais, a Constituição do império já os consagrava quase integralmente, havendo, nesse aspecto, pouca inovação de fundo, salvo, quanto à Constituição vigente que incorpora novidades de relevo. Ela, contudo, não trazia a rubrica Declaração de Direitos; continha um título sob rubrica confusa Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, com disposições sobre a aplicação da Constituição, sua reforma, natureza de suas normas e o art. 179, com 35 incisos, dedicados aos direitos e garantias individuais especialmente.” SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito**..., ob. cit., p. 172.

²⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito**..., ob. cit., p. 637.

²⁴³ Ver transcrição do §1º do artigo 16, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 219.

²⁴⁴ Ver transcrição do §4º do artigo 60, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 143 (especialmente o inciso IV – direitos e garantias individuais).

Constituição brasileira. Também nota-se especial consideração dispensada pelo constituinte aos direitos fundamentais diante do acolhimento da concepção material aberta desses direitos, revelada nos parágrafos §2º e §3º, do artigo 5º²⁴⁵, da Lei Maior brasileira.

Ainda, a inserção dos direitos fundamentais na Constituição revela-os como parâmetro imediato, obrigatório e vinculado de organização e de limitação dos poderes constituídos. Ressalta-se que todos os atos destes poderes devem estar de acordo com os direitos fundamentais, a fim de que não sejam invalidados constitucionalmente²⁴⁶.

Conforme ensina o Professor Doutor Jorge Miranda, os direitos fundamentais, mesmo sendo formalmente constitucionais, podem se manifestar conjuntamente ou à parte dos demais institutos; assim como também podem ser proclamados em normas qualificadas de constitucionais ou em textos autônomos, embora contemplados com valor constitucional ou até supraconstitucional. Assim, os direitos fundamentais podem ou não figurar na *Constituição formal nuclear ou na instrumental*²⁴⁷.

A maioria das Constituições, com inspiração no art. 16º da Declaração de 1798²⁴⁸, trata dos direitos fundamentais ao lado das demais matérias. Independentemente dos princípios adotados, esses direitos encontram-se em harmonia com a organização política ou econômica²⁴⁹.

Contudo, por relevantes razões históricas, existem exemplos marcantes de declarações de direitos, presentes, por exemplo, em três Estados onde se baseou o constitucionalismo moderno. Jorge Miranda recorda que na Inglaterra, é de se destacar desde a *Magna Carta* à Petição de Direito de 1628, à lei de Habeas Corpus de 1679 e à Declaração de Direitos de 1689; nos Estados Unidos, os dez primeiros Aditamentos à Constituição; na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (ainda presente mesmo diante da

²⁴⁵ §2º e §3º (respectivamente), art. 5º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#) [\(Atos aprovados na forma deste parágrafo\)](#)”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 13 janeiro 2017.

²⁴⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 636.

²⁴⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, vol. II, 2014, p. 140.

²⁴⁸ Ver transcrição do artigo 16º, Declaração dos Direitos do Homem de 1789, na nota de rodapé n. 35.

²⁴⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais...**, ob. cit., p. 140.

sucessão de constituições e formas políticas) e o preâmbulo da Constituição de 1946, observado pela Carta de 1958²⁵⁰ ²⁵¹.

Observa-se que há relevante divergência entre as Constituições de Estado de Direito e as Constituições marxistas-leninistas e de certos países da Ásia e da África, no que se refere à localização dos direitos fundamentais nas Cartas Magnas dos séculos XIX e XX.

Enquanto as primeiras dispõem os direitos fundamentais antes da organização econômica e sobrelevam os direitos e liberdades, as segundas, ao contrário, alocam a organização econômica à frente dos direitos fundamentais (ou não atribuem separação) e prestigiam as bases econômicas, sociais e políticas do Estado²⁵².

As Constituições mexicana, italiana, alemã, espanhola e holandesa, por exemplo, reservam seus primeiros títulos ou capítulos aos direitos fundamentais²⁵³.

A atual Constituição Federal brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, é a sétima na história do País. Além do preâmbulo, está dividida em Títulos (nove), Capítulos e Seções. Os princípios fundamentais localizam-se logo no Título I, e, em seguida, no Título II, figuram os direitos e garantias fundamentais²⁵⁴.

A declaração de direitos inserida Carta Magna brasileira de 1988 é a mais abrangente de todas as anteriores. Se por um lado trata das liberdades públicas clássicas, realçando os direitos relativos à matéria penal, por outro, apresenta inovações, quando, por exemplo, consagra o direito de informação e a defesa do consumidor. Além de reconhecer os *Direitos e*

²⁵⁰ Idem, p. 140-141.

²⁵¹ Ainda, conforme leciona o Professor Doutor Jorge Miranda, “Também noutros países, em momentos de luta revolucionária ou de grande mutação política e precedendo a estabilização orgânico-constitucional, têm sido proclamadas Declarações ou Cartas, definidoras dos grandes princípios e objetivos dos novos regimes e em que avultam implicações no domínio dos direitos fundamentais. Assim, a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, soviética, de 1918; a Carta do Trabalho, italiana, de 1927; na Espanha, o Foro do Trabalho e o Foro dos Espanhóis, de 1938 e 1945, respectivamente; a Carta Nacional Argelina de 1976; a Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982; ou a Carta dos Direitos e Liberdades Fundamentais referida nos arts. 3º e 112º da Constituição checa de 1992.” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais...**, ob. cit., p. 141.

²⁵² Idem, ibidem.

²⁵³ Remete-se à integralidade do estudo comparado, realizado pelo Professor Doutor Jorge Miranda, quanto à importância e ao posicionamento dos Direitos Fundamentais nas diversas Cartas Magnas: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais...**, ob. cit., p. 140-239.

²⁵⁴ Título I - *Princípios Fundamentais*

Título II - *Direitos e Garantias Fundamentais*

Título III - *Organização do Estado*

Título IV - *Organização dos Poderes*

Título V - *Defesa do Estado e das Instituições*

Título VI - *Tributação e Orçamento*

Título VII - *Ordem Econômica e Financeira*

Título VIII - *Ordem Social*

Título IX - *Disposições Gerais*

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 18 janeiro 2017.

*deveres individuais e coletivos*²⁵⁵, a Lei Maior reservou um capítulo para definir os direitos sociais²⁵⁶, que, desde 1934, estavam inseridos no capítulo da *Ordem Econômica e Social*.

A atual Carta brasileira não possui um rol exaustivo de enumeração dos direitos fundamentais. Além daqueles expressamente definidos, a Carta Magna reconhece os implícitos, que, conforme indicado no §2º do artigo 5º²⁵⁷, decorrem “do regime e dos princípios por ela adotados”, sobretudo o da dignidade humana²⁵⁸.

Contudo, a Constituição em vigor é minuciosa ao enunciar os direitos fundamentais, que estão dispostos do artigo 5º ao 17º em direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, de nacionalidade e políticos. Destaca-se que no artigo 5º há 77 inciso, além de quatro parágrafos e o caput.²⁵⁹

Manoel Gonçalves observa a dificuldade de se apontar um exemplo de direito fundamental implícito, sugerindo que talvez se possa afirmar um direito ao sigilo, que está subentendido pelo direito à proteção da intimidade (art. 5º, X, CF/88²⁶⁰) ou ao direito ao sigilo das comunicações telegráficas (art. 5º, XII, CF/88²⁶¹)²⁶².

²⁵⁵ O Capítulo I (*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*) está inserido no Título II (*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*).

²⁵⁶ O Capítulo II (*Dos Direitos Sociais*) está inserido no Título II (*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*).

²⁵⁷ Ver transcrição do §2º do artigo 5º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 245.

²⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 250.

²⁵⁹ Nos termos utilizados pelo Professor Doutor Manoel Gonçalves, “os direitos explicitamente consagrados na Constituição podem ser agrupados em três categorias, conforme seu objeto imediato, pois o mediato se pode dizer que é sempre a liberdade.

I – Direitos cujo objeto imediato é a ‘liberdade’:

- 1) de locomoção – art. 5º, XV e LXVIII
- 2) de pensamento – art. 5º, IV, VI, VII, VIII, IX
- 3) de reunião – art. 5º, XVI
- 4) de associação – art. 5º, XVII a XXI
- 5) de profissão – art. 5º, XIII
- 6) de ação – art. 5º, II
- 7) liberdade sindical – art. 8º
- 8) direito de greve – art. 9º

II – Direitos cujo objeto imediato é a ‘segurança’:

- 1) dos direitos subjetivos em geral – art. 5º, XXXVI
- 2) em matéria penal – art. 5º, XXXVII a LXVII
- 3) do domicílio – art. 5º, XI

III – Direitos cujo objeto imediato é a ‘propriedade’:

- 1) em geral – art. 5º, XXII
- 2) artística, literária e científica – art. 5º, XXVII a XXIX
- 3) hereditária – art. 5º, XXX e XXXI.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 252.

²⁶⁰ **Inciso X, art. 5º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 18 janeiro 2017.

²⁶¹ **Inciso XII, art. 5º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

Observa-se que além de admitir esses direitos implícitos, a Constituição brasileira ainda reconhece direitos fundamentais decorrentes de tratados de que o Brasil faça parte²⁶³.

Essa cláusula pode soar inútil, uma vez que o direito constante do tratado, sendo substancialmente um direito fundamental, já estaria alocado nos direitos implícitos. Sua essência decorre de sua natureza e não do texto de um tratado, que somente o explicita. Caso não tivesse o cerne de um direito fundamental, não passaria de um direito constitucional formal.

Destaca-se que, conforme previsto constitucionalmente²⁶⁴, os tratados ou convenções sobre direitos humanos somente são formalizadas como normas constitucionais, caso haja aprovação pelas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, pela maioria de três quintos dos membros de cada uma dessas Casas. Sem essa maioria qualificada, as normas de tratado ou convenção são reconhecidas como lei infraconstitucional.²⁶⁵

Contudo, observa-se que, no ano de 2008, em julgamento histórico, e até hoje mantido, no qual foi questionada a impossibilidade da prisão civil pela aplicação do Pacto de San José, o Supremo Tribunal Federal, por cinco votos a quatro, entendeu que os tratados de direitos humanos possuem valor supralegal, ou seja, abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional²⁶⁶.

Por fim, ainda destaca-se que o inciso IV do §4º do artigo 60 da Constituição brasileira dispõe que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.”²⁶⁷

A interpretação desta norma abrange três questões. Inicialmente, observa-se que a designação “abolir” expressa a eliminação de um direito fundamental, o que somente ocorrerá

“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 18 janeiro 2017.

²⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 250.

²⁶³ Ver transcrição do §2º do art. 5º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 245.

²⁶⁴ Ver transcrição do §3º do art. 5º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 245.

²⁶⁵ Já está em vigor no Brasil a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiências, tratado internacional aprovado por maioria qualificada, portanto, com força de norma constitucional formal. Remete-se ao Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência), disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm > Acesso em 18 janeiro 2017.

²⁶⁶ RE 466.343 STF, 03.12.2008, Rel. Min. Cezar Peluso, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> > Acesso em 18 janeiro 2017.

²⁶⁷ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 19 janeiro 2017.

quando uma norma excluir ou comprometer o núcleo essencial desse direito. Portanto, essa proibição não impede a alteração do regime do direito, ou seja, suas condições ou modo de exercício. O segundo ponto refere-se ao significado de direito fundamental no sistema constitucional brasileiro. A Carta Magna presume a vinculação de um direito fundamental ao regime e princípios por ela adotados, como por exemplo, o da dignidade humana. Assim, os “verdadeiros” direitos fundamentais possuem uma substância própria. Essa constatação não exclui a possibilidade de existência de direitos formalmente fundamentais, uma vez que estão inseridos no texto constitucional. Contudo, por não possuírem a matéria necessária, não estão amparados pela cláusula da “inabolibilidade” e podendo sofrer mitigação. Por fim, nota-se que, não existindo razão para conceder maior proteção a determinados direitos fundamentais substanciais, deve-se interpretar a expressão “direitos e garantias individuais”, alcinhada pelo artigo 60, como direitos e garantias fundamentais. Assim, a dita “inabolibilidade” alcança todos os direitos fundamentais, sem exceção, portanto, também os direitos sociais, além das liberdades²⁶⁸.

O Professor Doutor José de Melo Alexandrino realizou um estudo, no qual foi delineada uma comparação entre os sistemas português e brasileiro de direitos fundamentais, dando enfoque à análise das zonas de diferenças, identificadas a partir do tratamento dos direitos fundamentais no texto da Constituição portuguesa de 1976.

Antes de apontar as áreas de diferença entre os dois sistemas, o Douto Jurista destacou que atualmente os direitos fundamentais revelam-se como um elo entre a cultura jurídica que une Portugal e Brasil. É clara a mútua influência entre as duas experiências constitucionais. Desde a revolução liberal de 1820 e desde a primeira Constituição brasileira de 1824, os direitos fundamentais possuem, nos dois países, uma história concomitante. É análogo o tempo decorrido entre o acolhimento do primeiro texto constitucional e o reconhecimento dos direitos da pessoa humana²⁶⁹.

Dentre as diferenças destacadas, o Professor Doutor Alexandrino entende que há maior preocupação, revelada pelo constituinte português, no que se refere à sistematização e positivação dos direitos fundamentais, uma vez que: a Constituição portuguesa, que está fracionada em três títulos, destinou toda a sua Parte I (artigos 12º ao 79º) aos Direitos Fundamentais; a Carta Magna portuguesa definiu um conjunto de denominações relevantes como “direitos fundamentais”, “direitos, liberdades e garantias” e “direitos fundamentais de natureza análoga”; os direitos fundamentais fora do catálogo, que são essencialmente direitos,

²⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 252.

²⁶⁹ ALEXANDRINO, José Melo. *Elementos de Direito Público Lusófono*. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 137-138.

liberdades e garantias, foram reconhecidos expressamente pelo artigo 17º da Constituição portuguesa²⁷⁰; houve uma definição exaustiva acerca das regras aplicáveis aos direitos fundamentais em geral (artigos 12º a 16º, 20º, 23º, etc.²⁷¹), aos direitos, liberdades e garantias

²⁷⁰ **Artigo 17º (Regime dos direitos, liberdades e garantias), Constituição da República Portuguesa de 1976:**

“O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.”

Disponível em < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> > Acesso em 18 janeiro 2017.

²⁷¹ **Artigo 12º (Princípio da universalidade), Constituição da República Portuguesa de 1976:**

“1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.

2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.”

Artigo 13º (Princípio da igualdade), Constituição da República Portuguesa de 1976:

“1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”

Artigo 14º (Portugueses no estrangeiro), Constituição da República Portuguesa de 1976:

“Os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da protecção do Estado para o exercício dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a ausência do país.”

Artigo 15º (Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus), Constituição da República Portuguesa de 1976:

“1. Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português.

2. Exceptuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses.

3. Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática.

4. A lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral activa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais.

5. A lei pode ainda atribuir, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados-membros da União Europeia residentes em Portugal o direito de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu.”

Artigo 16º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais), Constituição da República Portuguesa de 1976:

“1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

Artigo 20º (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva), Constituição da República Portuguesa de 1976:

“1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.”

Artigo 23º (Provedor de Justiça), Constituição da República Portuguesa de 1976:

“1. Os cidadãos podem apresentar queixas por acções ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças.

2. A actividade do Provedor de Justiça é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis.

em especial (artigos 18º, 19º e 21º²⁷²), bem como a um determinado círculo de direitos (artigo 17º)²⁷³.

3.5. Vinculação dos Poderes Constituídos aos Direitos Fundamentais

Ao contrário da Constituição portuguesa²⁷⁴, que prevê expressamente a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais, a Carta Magna brasileira²⁷⁵, neste

3. O Provedor de Justiça é um órgão independente, sendo o seu titular designado pela Assembleia da República, pelo tempo que a lei determinar.

4. Os órgãos e agentes da Administração Pública cooperam com o Provedor de Justiça na realização da sua missão.”

Artigos disponíveis em < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> > Acesso em 18 janeiro 2017.

²⁷² Ver transcrição do artigo 18º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 217.

Artigo 19º (Suspensão do exercício de direitos), Constituição da República Portuguesa de 1976:

“1. Os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição.

2. O estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados, no todo ou em parte do território nacional, nos casos de agressão efectiva ou iminente por forças estrangeiras, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública.

3. O estado de emergência é declarado quando os pressupostos referidos no número anterior se revistam de menor gravidade e apenas pode determinar a suspensão de alguns dos direitos, liberdades e garantias susceptíveis de serem suspensos.

4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.

5. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência é adequadamente fundamentada e contém a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso, não podendo o estado declarado ter duração superior a quinze dias, ou à duração fixada por lei quando em consequência de declaração de guerra, sem prejuízo de eventuais renovações, com salvaguarda dos mesmos limites.

6. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião.

7. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência só pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos na Constituição e na lei, não podendo nomeadamente afectar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou os direitos e imunidades dos respectivos titulares.

8. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência confere às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.”

Artigo 21º (Direito de resistência), Constituição da República Portuguesa de 1976:

“Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.”

Artigos disponíveis em < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> > Acesso em 18 janeiro 2017.

²⁷³ ALEXANDRINO, José Melo. *Elementos de Direito...* ob. cit., p. 137-138.

²⁷⁴ Ver transcrição do artigo 18º, Constituição da República Portuguesa de 1976, na nota de rodapé n. 217.

²⁷⁵ Ver transcrição do §1º do artigo 5º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 219.

particular, quedou-se silente, limitando-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais.

Contudo, a omissão do constituinte brasileiro não implica que os poderes públicos, assim como os particulares, não estejam vinculados aos direitos fundamentais. Nas palavras de Ingo Sarlet, “Ao art. 5º, §1º, da Constituição de 1988 é possível atribuir, sem sobra de dúvidas, o mesmo sentido outorgado ao artigo 18/1 da Constituição da República Portuguesa e ao art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha.”²⁷⁶ Esse entendimento encontra respaldo no fato de que, no direito constitucional brasileiro, o pressuposto da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, no sentido de imputar aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, conferindo-lhes a maior eficácia possível, nos termos desta aplicabilidade²⁷⁷.

Assim, por exemplo, ainda que se trate de norma de eficácia equivocadamente limitada, o legislador, além de ser compelido a concretizar o direito fundamental, é proibido de editar normas que ofendam o propósito da norma de direito fundamental²⁷⁸.

O Poder Legislativo possui o dever constitucional de emanar normas que regulamentem, satisfatoriamente, as posições jurídicas que contemplam, quando dependentes de integração legislativa. A inércia do legislador em realizar uma imposição constitucional de concretização de direito fundamental configura omissão inconstitucional²⁷⁹.

Observa-se que o dever de editar normas de concretização dos direitos fundamentais desprovidos de regulação não pode ser confundido com a liberdade de conformação do legislador. Esta última consiste na discricionariedade que possui o legislador acerca do modo de disposição da matéria sujeita à regulação, caso a própria norma constitucional não estabeleça o meio a ser adotado. Portanto, o legislador possui a obrigação indeclinável de legislar, e, ao cumprir esse dever constitucional, dispõe de liberdade para decidir o modo de fazê-lo. Entretanto, essa liberdade de conformação sujeita-se ao núcleo essencial dos direitos fundamentais²⁸⁰.

O Poder Executivo também está subordinado aos direitos fundamentais. Todos os seus atos e toda a atividade administrativa (prestação de serviços públicos e atividades jurídicas de exercício do poder de polícia administrativo, de fomento e de intervenção) devem

²⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos ...**, ob. cit., p. 374.

²⁷⁷ Idem, ibidem.

²⁷⁸ Idem, ibidem.

²⁷⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 636.

²⁸⁰ Idem, p. 636-637.

ter como parâmetro os direitos fundamentais. Não há discricionariedade administrativa quando se está diante de um direito fundamental²⁸¹.

A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais manifesta-se de forma particular. Além de estar ele subordinado a esses direitos, também deve prestar uma atividade efetiva e ativa de controle da atuação dos outros Poderes, que porventura desrespeitem os direitos fundamentais²⁸².

O dever dos juízes de respeitar os preceitos de direitos fundamentais no curso dos processos e no conteúdo de todas as decisões demonstra a vinculação dos tribunais²⁸³.

O rol dos direitos fundamentais presente nas Constituições brasileira, portuguesa, alemã ou na dos Estados Unidos da América é bastante distinto. Entretanto, em todas as ordens constitucionais, os direitos fundamentais são a essência da Constituição e há um Poder Judiciário independente e uma justiça constitucional que asseguram que esses direitos sejam respeitados pelos poderes públicos, seja o topo da ordem constitucional representada por um Tribunal Constitucional ou por um Supremo Tribunal²⁸⁴.

Os próprios atos judiciais que violem os direitos fundamentais podem ser objeto de controle jurisdicional, cuja fiscalização é exercida no Brasil, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, também vinculado à Constituição e aos direitos fundamentais, a quem pertence não apenas a guarda, mas também o desenvolvimento da Lei Fundamental brasileira²⁸⁵.

O Poder Judiciário, portanto, tem o dever de atribuir máxima eficácia aos direitos fundamentais. É nesse contexto que sua postura ativa na defesa dos direitos fundamentais encontra justificação. O Judiciário encontra legitimidade até mesmo para substituir provisoriamente os demais Poderes no exercício da jurisdição constitucional, sob pena de não ser merecedor da justificativa histórica que lhe atribuiu função de Poder mediador dos conflitos e de controle da efetividade constitucional²⁸⁶. Essa perspectiva será abordada oportunamente no presente estudo.

²⁸¹ Idem, p. 637.

²⁸² Idem, ibidem.

²⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 151.

²⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Em Defesa do Tribunal...**, ob. cit., p. 7, 24.

²⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos ...**, ob. cit., p. 382.

²⁸⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 637.

4. O Novo Constitucionalismo e a Vinculação do Poder Judiciário aos Direitos Fundamentais

O Memorável Hans Kelsen defendeu a possibilidade e a necessidade de uma justiça constitucional, ao argumento de que as normas constitucionais, cuja garantia pertence ao Poder Judiciário, vinculam o legislador. Suas ideias e o sistema por ele esboçado e proposto foram adotados, posteriormente, com a generalização da instituição de Tribunais Constitucionais por toda a Europa²⁸⁷.

Contudo, as circunstâncias em que os modernos Tribunais Constitucionais e o “modelo europeu de fiscalização da constitucionalidade” se desenvolveram diferem daquelas presentes no debate dos anos vinte e trinta na “Europa de Kelsen”, nomeadamente no que diz respeito à função essencial dos direitos fundamentais exercida atualmente no Estado de Direito, o que alterou, consideravelmente, a clássica relação europeia tradicional entre legislador e juiz e entre juiz comum e juiz constitucional²⁸⁸.

O momento de reconstrução do constitucionalismo se deu na segunda metade do século XX, principalmente na Europa, cujos anos anteriores foram marcados por crueldades inimagináveis, que ocasionaram a impotência dos mecanismos de defesa da constituição. O continente europeu presenciou experiências dramáticas na área constitucional das comunidades políticas de Estado de Direito, bem como nas demais as esferas²⁸⁹.

Diante disso, ocorreram intensas alterações nas instituições, nos métodos e nas percepções de um Direito Constitucional que, opondo-se ao caminho autocrático, avança nos dias atuais, inspirado na experiência herdada pelo movimento constitucional que guiou as revoluções liberais, o Estado social e democrático de Direito²⁹⁰.

Observa-se que o conceito de Estado de Direito não mais se identifica com o Estado de legalidade do positivismo, que acolhia qualquer valor, desde que nos termos da lei. O Estado de Direito assume nova perspectiva por meio do reconhecimento de sua legitimidade, caracterizada não somente por contemplar formalmente a legalidade em vigor, mas, principalmente, por acolher valores universais emanados de direitos que os poderes políticos instituídos não podem dispor²⁹¹.

²⁸⁷ KELSEN, Hans. **A Garantia Jurisdicional da Constituição**. In Revista Sub Judice, Justiça e Sociedade, Ideias, n° 20/21, Lisboa, 2001, p. 09-32.

²⁸⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 197-198.

²⁸⁹ Idem, p. 198.

²⁹⁰ Idem, ibidem.

²⁹¹ Idem, ibidem.

Nota-se que não se trata de qualquer valor, nem do obsoleto direito natural do individualismo. Em repúdio àqueles valores que levaram ao sofrimento desumano de incontáveis vítimas por todo o mundo, o novo constitucionalismo orienta-se pelo valor da dignidade da pessoa humana estendido a todos, independente de raça, sexo, religião ou convicção, e pelos direitos fundamentais, que devem respeitar, proteger e promover a dignidade humana²⁹².

Destaca-se, ainda, a transformação pela qual passou o constitucionalismo, nomeadamente o europeu, que resultou em sua revitalização. Essa mudança foi impulsionada pela ideia de que os direitos fundamentais constitucionais, que consolidam a garantia da igual dignidade da pessoa humana, não são meras manifestações de boas intenções do poder político e do legislador²⁹³. Por outro lado, e nas palavras do Douto Constitucionalista Jorge Reis Novas²⁹⁴, refletem a:

norma jurídica diretamente aplicável, dotada de força constitucional que vincula todos os poderes do Estado, incluindo o legislador democrático, e **cuja supremacia deve ser assegurada por um poder judicial funcionalmente independente da maioria política que ocupa conjuntamente o poder.** (grifo meu)

Essas mudanças de entendimentos não assinalaram um tempo exclusivamente europeu, mas sim mundial. Por exemplo, nos Estados Unidos da América, que apesar de possuir uma história extremamente diversa, a justiça constitucional também passa por transformações que apresentam sentido convergente²⁹⁵.

Após um longo período onde a Suprema Corte era reconhecida pela oposição reacionária, que visava a liberdade contratual e o direito de propriedade, a justiça constitucional americana, submetida à pressão política do *New Deal*²⁹⁶ de Roosevelt (1937), foi compelida a renunciar à sua tradicional ideologia militante em favor de uma prática de autocontenção judicial no que concerne às medidas sociais e de política econômica²⁹⁷.

²⁹² Idem, p. 198-199.

²⁹³ Idem, p. 199.

²⁹⁴ Idem, ibidem.

²⁹⁵ Idem, p. 200.

²⁹⁶ O *New Deal* (novo acordo) foi o nome dado a uma série de programas implementados pelo governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt (1933-1945), com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana em 1929, além de auxiliar as pessoas afetadas pela crise econômica dos anos 30 (a “Grande Depressão”). O estabelecimento desses acordos provocou o fim do liberalismo econômico (não intervenção do Estado nas atividades econômicas). A partir de 1935, a economia do país voltou a se desenvolver, mas somente se restabeleceu com a Segunda Guerra.

Informações disponíveis em < <http://www.infoescola.com/historia/new-deal/> > Acesso em 17 janeiro 2017.

²⁹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 200.

Contudo, entre as décadas de cinquenta e sessenta do século passado, a jurisdição constitucional norte-americana reposicionou-se em favor de um ativismo judicial defensor dos direitos fundamentais, evidenciado nas decisões contra a segregação racial e nas favoráveis às liberdades políticas das minorias²⁹⁸.

Considerando que a reformulação do constitucionalismo foi impulsionada pelas lições deixadas pelo passado, há uma série de ressalvas universais, presente em todas as novas experiências constitucionais, que abrange a democracia e o Estado de Direito²⁹⁹.

Dentre essas observações, merecem destaque: a percepção de que os direitos fundamentais são o núcleo da Constituição; a proteção da Constituição e dos direitos fundamentais, para que suas normas sejam garantias, efetivas e aplicáveis diretamente; a prerrogativa de acesso dos particulares aos tribunais com a finalidade de proteger seus direitos fundamentais contra qualquer violação; e, por fim, a vinculação de todos os poderes, especialmente do Poder Judiciário, ao respeito e cumprimento dos direitos fundamentais³⁰⁰.

Depreende-se, por meio das ressalvas arroladas, a convergência das preocupações do atual constitucionalismo com o objeto da presente investigação, a atuação dos princípios contramajoritário e da separação de poderes na defesa e promoção dos direitos fundamentais.

²⁹⁸ Idem, p. 201.

²⁹⁹ Idem, p. 199.

³⁰⁰ Idem, p. 199-200.

CAPÍTULO II

A ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO CONTRAMAJORITÁRIO NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos e liberdades fundamentais possuem uma estreita ligação com a circunstância de um indivíduo pertencer a uma categoria geral e abrangente dos seres humanos, todos iguais em dignidade, independentemente das classes sociais ou econômicas existentes na sociedade³⁰¹.

Nesse sentido, surge o fenômeno das minorias, que se define pelo conjunto dos costumes ou das leis positivamente reconhecidas pela diversidade de indivíduos. A noção de minoria se refere à natureza qualitativa e não à quantitativa, pois pouco importa o número pessoas. Um indivíduo pode formar, por si só, uma minoria, na exata medida em que seus valores diverjam dos interesses dos demais³⁰².

Por outro lado, uma minoria, em seu estado puro, pode ser composta por todo o agrupamento humano cujos valores não sejam oficialmente reconhecidos numa ordem jurídica individual e concreta. Do contrário, não existiriam minorias, mas tão somente fatos igualitários³⁰³.

Conforme ensina o Professor Doutor Jorge Miranda³⁰⁴, a questão das minorias esteve presente: na Idade Média, quando os judeus sofriam preconceito e violência por parte dos cristãos³⁰⁵; no ano de 1598, quando Henrique IV, rei da França, assinou o documento histórico *Édito de Nantes*³⁰⁶, que concedia aos huguenotes a garantia de tolerância religiosa após 36 anos de perseguição e massacres por todo o país; em 1648, nas regras decorrentes dos Tratados de Vestefália³⁰⁷, que encerraram a Guerra dos Trinta Anos e reconheceram oficialmente as Províncias Unidas e a Confederação Suíça e em 1815, na Ata final de

³⁰¹ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direito, Estado e Constituição no Limiar do Século XXI**. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 65.

³⁰² Idem, *ibidem*.

³⁰³ Idem, p. 66.

³⁰⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 84-85.

³⁰⁵ Reporta-se ao artigo: ROCHA, Nelson Célio de Mesquita. **Os Judeus e a Idade Média – Crises e Estabilidade**. 2012. Disponível em < <http://faecad.com.br/site/artigos/os-judeus-e-a-idade-media-criises-e-estabilidades/> > Acesso em 23 março 2017.

³⁰⁶ **Édito de Nantes, 1598**. Tradução de Marly Netto Peres. Disponível em < http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edito_nantes/texto_pt_edito_nantes.pdf > Acesso em 24 março 2017.

³⁰⁷ Destaca-se o artigo **Uma releitura crítica do consenso em torno do “Sistema Vestefaliano”**, disponível em < http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol3_n2/pt/pt_vol3_n2_art2.pdf > Acesso 23 março 2017.

Viena³⁰⁸, que redesenhou o mapa político do continente europeu, após a derrota da França napoleônica.

Nota-se que, no início, o assunto das minorias relacionava-se às liberdades religiosas, tendo o Tratado de Vestefália, em 1648, concedido direitos a determinadas classes religiosas minoritárias. Posteriormente, a atenção transferiu-se para âmbito das minorias étnicas ou nacionais³⁰⁹.

Contudo, a proteção às minorias somente recebeu sistemática atenção, tanto na Europa como nos demais continentes, a partir da Primeira Guerra Mundial³¹⁰, cujo final, em 1918, acarretou na dissolução dos Impérios Otomano e Habsburgo. Na Europa Central surgiu o princípio da autodeterminação nacional, foram criadas novas leis para as minorias, além de terem sido celebrados tratados de paz bilaterais. Ainda, após a Primeira Guerra, o controle da proteção aos grupos minoritários foi designado à Sociedade das Nações³¹¹.

Alguns Estados, como a Finlândia e a Estônia, em 1921 e 1923, emitiram declarações para a proteção das suas minorias, que, além de conterem cláusulas de não discriminação, estabeleciam o direito de uso, na vida privada e pública, do idioma minoritário. Porém, não havia um quadro específico de direitos humanos e a ideia de prerrogativas coletivas era contestada³¹².

Portanto, após a Segunda Guerra Mundial, instrumentos de proteção dos direitos humanos individuais e das liberdades, fundamentados nos princípios da não discriminação e da igualdade substituíram a proteção das minorias. O término da Segunda Guerra marcou o fim dos regimes de minorias na Europa Central, que foram superados pela ideologia comunista da unidade dos trabalhadores³¹³.

Depois das revoluções de 1989, na Europa Central e Oriental, e da consequente queda do Império Soviético, a identidade nacional e o sentimento de pertencer a um grupo étnico começaram a desempenhar um relevante papel, servindo, em alguns casos, de instrumento para a criação de novos Estados ou para a reivindicação da independência nacional³¹⁴.

³⁰⁸ Remete-se a: GOMES, Nancy; ESTEVES, Hermínio. **O Congresso de Viena**. Lisboa: Observare, Universidade Antónoma de Lisboa, 2008. Disponível em < <http://repositorio.ual.pt/handle/11144/1200> > Acesso em 23 março 2017.

³⁰⁹ MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino (coord.). **Compreender os Direitos Humanos. Manual de Educação para os Direitos Humanos**. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 469.

³¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado...**, ob. cit., p. 85.

³¹¹ MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino (coord.). **Compreender os Direitos Humanos...**, ob. cit., p. 469.

³¹² Idem, ibidem.

³¹³ Idem, ibidem.

³¹⁴ Idem, ibidem.

Nesse sentido, a proteção das minorias ressurgiu na agenda política, tornando-se, ainda, uma das condições para a obtenção da qualidade de membro do Conselho da Europa, bem como para o estabelecimento de relações diplomáticas entre a União Europeia e os novos Estados³¹⁵.

No final do século XX, diferentes instrumentos internacionais enfatizaram a importância da proteção das minorias por meio do primado do Direito e ressaltaram a relevância do pluralismo jurídico, como os documentos da *Organization for Security and Co-operation in Europe* (OSCE), a Carta Europeia das Línguas Regionais e Minoritárias (CELRM) e a Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais do Conselho da Europa. Ainda, a inclusão da proteção dos direitos das minorias na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança constitui um exemplo de novo empenho nas questões dos direitos humanos³¹⁶.

Atualmente, a favor das minorias, as diversas ordens jurídicas dispõem de cláusulas de não discriminação. No Estado de Direito democrático brasileiro, a Carta Magna assegura uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”³¹⁷ e visa a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”³¹⁸.

A proteção das minorias proporciona a garantia aos cidadãos pertencentes a uma minoria dos mesmos direitos (e suas respectivas condições de exercício) reconhecidos aos demais. Contudo, não basta reprimir ou superar a discriminação. É imprescindível assegurar o respeito à identidade do grupo e fornecer-lhe meios de preservação e de livre desenvolvimento³¹⁹.

Observa-se, ainda, que a proteção dos direitos das minorias está consignada na dimensão do princípio democrático, que, por sua vez, pressupõe o abandono de uma concepção linear do princípio majoritário, uma concepção que considere a diversidade da sociedade onde os indivíduos vivem e definem a respectiva identidade³²⁰.

Há inúmeros casos na história que evidenciam que a discriminação das minorias e o menosprezo das suas necessidades legítimas podem acarretar graves conflitos entre a maioria

³¹⁵ Idem, *ibidem*.

³¹⁶ Idem, p. 470.

³¹⁷ V. Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 26 março 2017.

³¹⁸ V. inciso IV do art. 3º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 26 março 2017.

³¹⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado**..., ob. cit., p. 85.

³²⁰ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direito, Estado e...**, ob. cit., p. 67.

da população e as minorias (ou grupos minoritários). A *limpeza étnica*, a *expulsão* e o *genocídio* são apontados como consequências de atos opressivos contra as minorias³²¹.

Não obstante, ainda persistem nos dias de hoje graves violações aos direitos fundamentais de pessoas pertencentes a minorias étnicas, linguísticas ou religiosas. Alguns Estados sequer reconhecem a existência de minorias em seu território. Ainda é necessário relevante esforço para que os direitos das minorias se tornem uma realidade para seus membros³²².

O Supremo Tribunal Federal desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. Primeiramente, cabe à Corte, em nome da Constituição, dos direitos fundamentais e da proteção das regras democráticas, declarar a inconstitucionalidade de leis (provindas de decisões majoritárias do Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Assim, agentes públicos não eleitos podem sobrepor o seu entendimento ao dos representantes da política majoritária, motivo pelo qual essa função é denominada pela teoria constitucional de *contramajoritária*³²³.

O segundo papel refere-se ao atendimento das demandas sociais e anseios políticos que não foram satisfeitos em bom tempo pelo Congresso Nacional. Nota-se que o Legislativo brasileiro vive uma significativa crise de representatividade e funcionalidade e, apesar da notória percepção da situação, as lideranças políticas ainda não avançaram no sentido de uma reforma política. A despeito de ser positiva e desejável a capacidade de um tribunal constitucional interpretar o sentimento social, esse papel representativo tem despertado atenção nos últimos tempos e propõe reflexões acerca das relações da Corte com os demais poderes e a sociedade³²⁴.

No Brasil, os últimos dez anos foram propícios para os integrantes de minorias e grupos vulneráveis, que presenciaram a afirmação de seus direitos fundamentais por meio de decisões do Supremo Tribunal Federal que garantiram a autonomia dos cidadãos³²⁵.

³²¹ MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino (coord.). **Compreender os Direitos Humanos...**, ob. cit., p. 470.

³²² Idem, *ibidem*.

³²³ BARROSO, Luís Roberto. **Grandes transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf> > Acesso em 16 fevereiro 2017.

³²⁴ Idem, *ibidem*.

³²⁵ Tomam-se como exemplo os julgados sobre: inconstitucionalidade da discriminação de pessoas com deficiência em editais de concursos públicos (Recurso Ordinário em MS 26.071 STF, 13.11.2007, Rel. Min. Carlos Britto, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599> > acesso em 27 fevereiro 2017), reconhecimento da união homoafetiva (ADPF 132 STF, 05.05.2011, Rel. Min. Ayres Britto, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> > acesso em 27 fevereiro 2017), reconhecimento do caráter incondicionado da ação penal por violência doméstica como forma de se garantir maior proteção à mulher vítima de violência doméstica (ADI 4.424 STF, 09.02.2012,

Uma vez que o intuito da pesquisa é a investigação sobre a realização dos direitos fundamentais fora do âmbito utópico, entende-se vantajoso o estudo do princípio contramajoritário por meio de sua aplicação em um caso concreto.

Destaca-se, então, o julgamento da medida cautelar requerida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, ocorrido em 9 de setembro de 2015, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”, com disseminada violência dos direitos fundamentais dos presos, ocasionado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar o atual contexto³²⁶.

Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143> > acesso em 27 fevereiro 2017), constitucionalidade das cotas universitárias, raciais e sociais (ADPF 186 STF, 26.04.2012, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693> > acesso em 27 fevereiro 2017) e proibição da discriminação de crianças e adolescentes com deficiência nas mensalidades escolares (Referendo na Medida Cautelar na ADI 5.357 STF, 09.06.2016, Rel. Min. Edson Fachin, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290> > acesso em 27 fevereiro 2017).

³²⁶ **Medida Cautelar proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio:**

EMENTA: CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Decisão

“O julgamento foi suspenso após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que deferia parcialmente a medida liminar requerida para determinar: a) aos juízes e tribunais - que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais - que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais - que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes - que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e e) à União - que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Falaram, pelo requerente Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, o Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmento, OAB/RJ 73.032; pela União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União; pelo Estado de São Paulo, o Dr. Thiago Luiz Santos Sombra, OAB/DF 28.393, e pelo Ministério Público Federal, a Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho,

A Corte concedeu parcialmente a medida cautelar determinando que juízes e Tribunais de todo o país, implementassem, no prazo máximo de 90 dias, audiência de custódia e que a União liberasse, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização da finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de efetuar novos contingenciamentos. O julgamento do mérito é aguardado, com expectativas,

Vice-Procuradora-Geral da República. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 27.08.2015. Decisão: O julgamento foi suspenso após o voto do Ministro Edson Fachin, que concedia a cautelar em relação à alínea “b” da inicial; que, em relação à alínea “g” da inicial, concedia em parte a cautelar para determinar ao Conselho Nacional de Justiça que coordene mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa, mas afastando a necessidade de adequação dos pedidos contidos nas alíneas “e” e “f”; que, em relação à alínea “h” da inicial, concedia em parte a cautelar para acolher a determinação do descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, devendo a União providenciar a devida adequação para o cumprimento desta decisão, fixando o prazo de até 60 (sessenta) dias a contar da publicação desta decisão, deixando de conceder a cautelar em relação aos pedidos contidos nas alíneas “a”, “c”, “d”, “e” e “f” da inicial, que propõe sejam analisadas por ocasião do julgamento do mérito; após o voto do Ministro Roberto Barroso, que, em relação à alínea “b” da inicial, concedia em parte a cautelar, determinando que o prazo para a realização das audiências de custódia seja regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça; que, em relação à alínea “h”, concedia a cautelar nos termos do voto do Ministro Edson Fachin; que, em relação à alínea “g” da inicial, concedia a cautelar e, de ofício, estendia a condução dos mutirões carcerários aos Tribunais de Justiça estaduais; que indeferia a cautelar quantos aos demais pedidos; e que concedia cautelar de ofício para determinar ao Governo Federal que encaminhe ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de 1 (um) ano, diagnóstico da situação do sistema penitenciário e propostas de solução dos problemas, em harmonia com os estados membros da Federação, no que foi acompanhado pelo Relator; e após o voto do Ministro Teori Zavascki, que concedia em parte a cautelar quanto à alínea “b” da inicial, determinando que o prazo para a realização das audiências de custódia seja regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça; que concedia a cautelar quanto à alínea “h”; que julgava prejudicada a cautelar quanto à alínea “g”, acompanhando o Relator, e indeferia a cautelar quanto às demais alíneas. Ausente o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da Conferência Global sobre Dinheiro e Política, promovida pelo Tribunal Eleitoral do México e pelo Instituto Internacional para a Democracia e a Assistência Eleitoral (IDEA Internacional). Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 03.09.2015. Decisão: O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015.”

Inteiro Teor disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > Acesso em 28 fevereiro 2017.

uma vez que a concepção do *estado de coisas inconstitucional* poderá assinalar a relação entre os três poderes e a promoção dos direitos fundamentais por meio da realização de políticas públicas.

Assim, partindo da análise dessa decisão paradigmática, em que o Supremo Tribunal Federal, no legítimo exercício da sua função contramajoritária, declarou os direitos das minorias em detrimento da vontade da maioria, analisar-se-á, neste capítulo, o desempenho do princípio contramajoritário, especificamente, nos contornos do caso concreto em estudo.

1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347/DF – Sistema Carcerário Brasileiro: “estado de coisas inconstitucional” e violação a direito fundamental

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental³²⁷, com pedido de medida liminar, requereu o reconhecimento da figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, bem como providências estruturais diante de lesões a preceitos fundamentais dos presos, decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal³²⁸.

Noticiou que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional revelam lesões a diversos preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde,

³²⁷ Disciplinada pela Lei Federal 9.882/99, a **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)** é um tipo de ação, autônoma, ajuizada exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que objetiva evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, decorrente de ato do Poder Público. Contudo, esse tipo de ação também pode ter natureza equivalente à da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), podendo questionar a constitucionalidade de uma norma, que deve ser municipal ou anterior à Constituição vigente. Os legitimados para ajuizá-la são os mesmos da ADI, quais sejam, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (cfr. art. 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 28 fevereiro 2017). Nota-se, ainda, que não é cabível ADPF quando existir outro tipo de ação possa ser proposto.

Informações sobre a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental disponíveis em < <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481> > Acesso em 28 fevereiro 2017.

³²⁸ Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 28 fevereiro 2017, p. 8.

educação, trabalho e segurança dos presos, o que demonstra uma conjuntura incompatível com a Constituição Federal³²⁹.

Sustentou que o quadro relatado decorre de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Os órgãos administrativos estariam desconsiderando preceitos constitucionais e legais, uma vez que não criam número suficiente de vagas prisionais que proporcione condições adequadas ao encarceramento, à segurança física, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social e ao acesso à jurisdição dos presos. Também a União estaria deixando de repassar aos Estados recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, apesar de estarem disponíveis. O Poder Judiciário, por sua vez, não estaria observando os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que preveem o direito à audiência de custódia, o que poderia reduzir a superlotação prisional. Ainda, a constante ausência de imposição, sem a devida motivação, de medidas cautelares alternativas à prisão, bem como a desconsideração das condições degradantes das penitenciárias brasileiras nos momentos da definição e da execução da pena contribuiriam para agravar a situação. Enfim, o Poder Legislativo, influenciado pela mídia e pela opinião pública, estaria estabelecendo políticas criminais indiferentes ao panorama carcerário e contribuindo para a superlotação dos presídios e falta de segurança na sociedade³³⁰.

Sobre as condições do sistema penitenciário do Brasil, destacou-se a superlotação das celas (insalubres, imundas e com temperaturas extremas), a falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, os frequentes homicídios, torturas e violências sexuais contra os presos, a ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho³³¹.

Outrossim, noticiou-se o sofrimento das mulheres encarceradas diante da ausência de estabelecimento próprio e adequado, da carência de ginecologistas e de fornecimento regular de materiais de higiene, além da falta de cuidados com a saúde das gestantes presas, que não recebem acompanhamento médico. Também não haveriam berçários, locais destinados à gestante e à parturiente, nem creches para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos³³².

³²⁹ Idem, *ibidem*.

³³⁰ Idem, p. 8-9.

³³¹ Idem, p. 9.

³³² Idem, p. 11.

As minorias sexuais seriam outro grupo a sofrer com o encarceramento inadequado, uma vez que ficariam expostos, constantemente, a abusos sexuais, inclusive à servidão, o que facilita a contaminação por doenças sexualmente transmissíveis³³³.

Este cenário implicaria a violação de diversos preceitos fundamentais da Constituição brasileira como o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III) e das sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”), assim como o dispositivo que impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII), o que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX) e o que prevê a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII), os direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação apropriada e acesso à Justiça. Ainda haveria inobservância de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos³³⁴.

Enfatizou-se que essas mazelas comprometeriam a segurança da sociedade, uma vez que as instituições prisionais estariam dominadas por facções criminosas, que a convivência entre presos com diferentes graus de periculosidade e a inexistência de separação entre presos provisórios e definitivos afastariam a possibilidade de ressocialização e contribuiriam para as altíssimas taxas de reincidência³³⁵.

Destacou-se que as autoridades públicas e a sociedade possuiriam conhecimento da situação, uma vez que não seria rara a constatação de que existem presos que já cumpriram a pena e poderiam estar, há anos, em liberdade. A Câmara dos Deputados, por meio da “CPI do Sistema Carcerário”, e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por mutirões carcerários, já produziram relatórios que expuseram o quadro dramático e inconstitucional do sistema prisional brasileiro³³⁶.

Foram apresentados dados que comprovam o crescimento significativo da população carcerária que, em 1990, totalizava cerca de 90.000 presos, e, em maio de 2014, 563.000, excluídos os mais de 147.000 presos em regime domiciliar. Argumentou-se que, no ano de 2015, o número já deveria ultrapassar 600.000, possuindo o Brasil a quarta maior população

³³³ Idem, *ibidem*.

³³⁴ Idem, p. 11-12.

³³⁵ Idem, p. 10-11.

³³⁶ Idem, p. 10.

carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Contudo, se somadas as prisões domiciliares, o Brasil ficaria à frente da Rússia³³⁷.

Considerando que a situação retratada decorreria de falhas estruturais em políticas públicas, a solução do problema demandaria a adoção de providências providas dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal³³⁸.

Diante da gravidade do atual quadro carcerário brasileiro, que configuraria o que a Corte Constitucional da Colômbia denominou de “estado de coisas inconstitucional”, seria imprescindível a intervenção do Supremo Tribunal Federal, fundamentada no exercício do papel contramajoritário próprio das cortes constitucionais, em proteção da dignidade de grupos vulneráveis³³⁹.

A técnica da declaração do “estado de coisas inconstitucional”, utilizada excepcionalmente quando há transgressão grave e sistemática a direitos humanos assim como ocorre no sistema prisional brasileiro, permitiria ao juiz constitucional determinar que os Poderes Públicos realizassem ações urgentes e necessárias para o afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, bem como fiscalizar a efetiva implementação³⁴⁰.

Ressaltou-se que os poderes políticos não teriam qualquer motivação para resolver o problema da população carcerária, uma vez que causaria a antipatia da opinião pública e que a atuação judicial que objetiva a proteção de direitos fundamentais, especialmente quando envolvidas minorias impopulares como são os presos, não ofenderia a democracia³⁴¹.

Em benefício da segurança de toda a sociedade e considerando a necessidade de adoção de providências urgentes para modificar o atual cenário de forte violação aos direitos fundamentais dos presos e de ineficiência das políticas públicas voltadas para melhoria do sistema carcerário, postulou-se o deferimento de liminar e a subsequente confirmação das medidas cautelares para que, em síntese, o Supremo Tribunal Federal determinasse aos poderes públicos a elaboração e a implementação de planos de ação sob monitoramento judicial; a realização das audiências de custódia; a fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão, a fim de reduzir o número de prisões

³³⁷ Idem, p. 11.

³³⁸ Idem, p. 12.

³³⁹ Idem, ibidem.

³⁴⁰ Idem, ibidem.

³⁴¹ Idem, p. 13.

provisórias; a consideração do “estado de coisas inconstitucional” nos momentos da aplicação e da execução da pena³⁴².

2. Considerações sobre a Democracia à luz do Princípio Contramajoritário aplicado na ADFP 347/DF

O Relator do julgado, Ministro Marco Aurélio, entendeu, preliminarmente, a adequação da via eleita, uma vez que preenchidos os requisitos de violação de preceitos fundamentais, de impugnação de atos do Poder Público e de inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade³⁴³.

No mérito, apurou que no sistema prisional brasileiro há violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, especificamente quanto à dignidade, higidez física e integridade física. A superlotação carcerária e a deficiência das instalações das delegacias e presídios, mais do que descumprimento da ordem jurídica pelo Estado, caracterizam tratamento degradante e indigno àqueles que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios brasileiros transformam-se em penas cruéis e desumanas, estando com razão o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardoso, quando comparou as prisões brasileiras às “masmorras medievais”³⁴⁴.

Nesse sentido, entendeu que há ofensa a diversos dispositivos que contém normas essenciais do programa de direitos fundamentais da Constituição Federal brasileira³⁴⁵:

o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).

O Ministro Relator também reconheceu que há afronta ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis,

³⁴² Idem, p. 14.

³⁴³ Idem, p. 21.

³⁴⁴ Idem, p. 24-25.

³⁴⁵ Idem, p. 25.

Desumanos e Degradantes e à Convenção Americana de Direitos Humanos, normas que reconhecem os direitos dos presos.

Por fim, considerou que legislações internas – Lei nº 7.210/1984 (“Lei de Execução Penal” que assegura, dentre outros, o direito à cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados) e Lei Complementar nº 79/94 (que criou o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, cujos recursos estão sendo contingenciados pela União, o que impede a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes) – são transgredidas³⁴⁶.

Corroborando os entendimentos do Relator, o Ministro Celso de Mello destacou em seu voto que a petição inicial do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL constitui verdadeira acusação contra o sistema penitenciário brasileiro, cuja situação de permanente desaparelhamento resulta inaceitáveis condições degradantes aos sentenciados, revelando múltiplas ofensas constitucionais e evidenciando clara inércia, indiferença e irresponsabilidade do Poder Público brasileiro³⁴⁷.

Diante desse quadro de forte violação aos direitos fundamentais dos presidiários, minorias cuja proteção assenta-se na dimensão do princípio democrático, entende-se relevante apresentar considerações acerca da democracia, à luz do princípio contramajoritário aplicado na ADPF 347/DF.

2.1. Democracia e o Princípio da Maioria

A definição do termo “democracia”, de origem grega e cujo conceito foi desenvolvido por volta do século VI a.C., gerou, ao longo do tempo, calorosos debates por acolher diversas interpretações.

Conforme explica o Professor Doutor Jorge Miranda, democracia é a forma de governo desempenhada em harmonia com a vontade manifestada pelo povo, a quem é atribuído o poder, nos termos constitucionalmente estabelecidos³⁴⁸.

Não basta o simples reconhecimento do poder ao povo, nem é suficiente a confirmação de que o poder constituinte (aprovação da Constituição positiva) compete aos cidadãos, ao passo que os poderes constituídos cabe aos governantes³⁴⁹.

³⁴⁶ Idem, *ibidem*.

³⁴⁷ Idem, p. 158.

³⁴⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Estrutura Constitucional da Democracia**. Tomo VII. Coimbra: Coimbra, vol. III, 2014, p. 59.

³⁴⁹ Idem, *ibidem*.

A democracia exige o efetivo exercício do poder – em tempo presente e de modo que permita a demonstração de uma vontade política autônoma dos cidadãos diante do Governo – pela comunidade política em conjunto com os governantes³⁵⁰.

Assim como o sufrágio é o modo específico de participação política dos cidadãos, a maioria é o método de decisão tanto do grupo dos cidadãos nas eleições e no referendo, como dos órgãos do Estado de natureza colegial. “Governo representativo é o governo de maioria.”³⁵¹

Os sistemas proporcionais, apesar de serem contrapostos aos métodos eleitorais majoritários, também aplicam o princípio da maioria. A uma porque somente as candidaturas que atingem determinada soma de votos adquirem mandatos, a duas porque as pretensões que alcançam mais votos são as que conquistam mais mandatos³⁵².

Nota-se que as técnicas majoritárias não são exclusivas da democracia, nem se findam no campo da política. “O Direito romano conheceu-as, o Direito canônico deu-lhes expressão e na Idade Média elas tiveram particularíssimas aplicações no âmbito das ordens religiosas e dos municípios.”³⁵³ Ainda hoje, os métodos majoritários, com mais ou menos ajustes, estão presentes nas associações, sociedades e entidades coletivas³⁵⁴.

Observa-se, também, que não há consenso sobre a necessidade de ser o critério majoritário adotado pela democracia. O Douto Constitucionalista Jorge Miranda entende que o fundamento axiológico, além de ser imprescindível para a elucidação do consentimento e da própria obrigatoriedade da decisão resultante do voto, se encontra na união da igualdade e da liberdade. O embasamento axiológico não está situado numa pretensão meramente negativa de que uma pessoa possui maior valor do que outra, mas no amplo reconhecimento da dignidade cívica; não numa liberdade com separação entre os indivíduos, mas com integração de todos numa sociedade. Enfim, trata-se de uma exigência de livre igualdade universal³⁵⁵.

Ressalta-se que a maioria não produz verdade ou justiça, é apenas meio de ação ou forma de exercício de poder. Não significa que há ou não verdade nesta ou naquela opção política; existe tão somente menção ao bem comum³⁵⁶.

Naturalmente, quando ocorre qualquer problema relacionado à verdade (*religioso, moral, filosófico, científico ou técnico*), não cabe a decisão majoritária³⁵⁷.

³⁵⁰ Idem, ibidem.

³⁵¹ Idem, p. 85.

³⁵² Idem, p. 86.

³⁵³ Idem, p. 86-87.

³⁵⁴ Idem, p. 87.

³⁵⁵ Idem, p. 88.

³⁵⁶ Idem, ibidem.

Tampouco são consentidas decisões majoritárias que comprometam o conteúdo substancial dos direitos fundamentais ou a essência da própria democracia representativa, nomeadamente o pluralismo, os direitos das minorias e a possibilidade de mudanças.

Nas palavras do Professor Doutor Jorge Miranda: “democracia representativa não é só governo de maioria. Envolve uma dialética necessária de maioria e minoria, sendo a maioria de hoje a minoria de amanhã e a minoria de hoje a maioria de amanhã.”³⁵⁸

A decisão da maioria também não incide sobre os direitos à proteção contra qualquer discriminação e à preservação da identidade das minorias políticas, que são sempre ocasionais, mutáveis e diversas (permanentes são as minorias étnicas, nacionais, linguísticas e religiosas)³⁵⁹.

A deliberação da maioria pressupõe a competência para decidir, contudo, somente se admite a vontade estabelecida em conformidade com o respeito às normas (constitucionais, legais, estatutárias, regimentais) – que a regulam e constituem^{360 361}.

O instrumento de controle da maioria, imprescindível sobretudo para garantia dos direitos fundamentais, é a justiça constitucional, que verifica os limites materiais e do procedimento³⁶².

Ainda que em democracia política (que funciona mediante liberdade e pluralismo de opiniões e igual direito de participação e voto de todos os cidadãos) caiba ao legislador democrático a deliberação final, em sistema com justiça constitucional, havendo presença de direitos fundamentais, a decisão derradeira é transferida para o Supremo Tribunal, onde, todavia, também há uma maioria e uma minoria decorrente de divergências entre os respectivos Ministros, o que implica que a resolução final será tomada conforme a regra majoritária³⁶³.

No Brasil, o princípio da maioria é consagrado constitucionalmente no processo legislativo, bem como nos sistemas eleitorais.

³⁵⁷ Idem, ibidem.

³⁵⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Estrutura Constitucional...**, ob. cit., p. 88-89.

³⁵⁹ Idem, p. 89.

³⁶⁰ Idem, ibidem.

³⁶¹ “Requisitos de regularidade do procedimento hão-de-ser, nomeadamente, a convocação da eleição ou da deliberação nos termos previamente estabelecidos com caráter geral, a igualdade de todos os participantes, a liberdade de discussão e de voto, a pessoalidade do voto, a simultaneidade da votação e o rigor no apuramento dos resultados. E, quando se trate de órgãos colegiais, a reunião no tempo e no local próprios e a presença de mais de metade dos respectivos membros (*quorum*).” **Manual de Direito Constitucional: Estrutura Constitucional...**, ob. cit., p. 89-90.

³⁶² Idem, p. 90.

³⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 10.

Toda deliberação legislativa deve, em regra, ser tomada pela maioria simples/relativa (qualquer maioria desde que presente a maioria absoluta dos membros³⁶⁴). A maioria simples é necessária para aprovação de lei ordinária, decreto legislativo e resoluções.

A maioria absoluta (primeiro número inteiro acima da metade dos membros da casa legislativa) é exceção e a Carta Magna menciona expressamente a necessidade de sua utilização, assim como ocorre no artigo 52:

Compete privativamente ao Senado Federal:

XI - aprovar, por **maioria absoluta** e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato; (grifo meu)

A diferença entre as maiorias simples e absoluta é a quantidade de pessoas que estarão presentes. Enquanto a maioria simples é variável e depende do número de parlamentares presentes na sessão, a absoluta é sempre fixa, não importando o número de votantes.

Quanto aos dois métodos eleitorais presentes no Brasil, observa-se que o *sistema proporcional* é utilizado nas eleições para os cargos de deputado federal, estadual e distrital, além do posto de vereador. Caso o candidato selecionado não seja eleito, o voto do eleitor será somado aos demais da mesma legenda, integrando a votação do partido ou coligação. Esse método considera que o eleitor deve ser representado, preferenciado, pela ideologia do partido por ele escolhido³⁶⁵.

Já nas eleições para os cargos de Presidente da República, governador de estado e do Distrito Federal, senador e prefeito emprega-se o *sistema majoritário*. Será eleito o candidato que obtiver a maioria dos votos³⁶⁶.

A maioria pode ser simples/relativa (é eleito o candidato que obtiver o maior número dos votos apurados) ou absoluta (elege-se aquele que alcançar mais da metade dos votos, excluídos os brancos e nulos, apurados³⁶⁷).

Assim, nas eleições para Senador e para Prefeito/Vice-Prefeito de municípios com até 200.000 (duzentos mil) eleitores, utiliza-se o sistema majoritário de *maioria simples*: há

³⁶⁴ **Art. 47, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por **maioria dos votos**, presente a **maioria absoluta** de seus membros.” (grifos meus)

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 27 março 2017.

³⁶⁵ Informações disponíveis em < <http://www.tre-sc.jus.br/site/eleicoes/eleicoes-majoritarias-e-proporcionais/> > Acesso em 27 março 2017.

³⁶⁶ Idem, ibidem.

³⁶⁷ Idem, ibidem.

somente um turno e o candidato que alcançar o maior número de votos é eleito, independentemente da proporção dos votos obtidos em relação ao total de votos válidos (são todos os que não são brancos e nulos)³⁶⁸.

Já nas eleições para Presidente/Vice-Presidente da República, Governador/Vice-Governador de Estado ou do Distrito Federal e Prefeito/Vice-Prefeito de municípios com mais de 200.000 (duzentos mil) eleitores, aplica-se o sistema majoritário de *maioria absoluta*, que objetiva conceder maior representatividade ao eleito: vence o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos válidos, ou seja, o primeiro número inteiro acima da metade. portanto, os votos do candidato eleito devem computar, necessariamente, mais de 50% dos votos válidos³⁶⁹. Se a maioria absoluta não for alcançada no primeiro turno das eleições, apenas os dois candidatos mais votados concorrerão no segundo turno, em razão do disposto nos artigos 29, inciso II e 77 da Constituição Federal brasileira³⁷⁰.

2.2. Concepções de Democracia

Considerando as interessantes visões que explicam a essência da democracia à luz das respectivas compreensões filosóficas e teóricas, destaca-se a percepção do Douto

³⁶⁸ LENZA, Pedro (coord.). **Direito Eleitoral Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 226.

³⁶⁹ Idem, ibidem.

³⁷⁰ **Inciso II, art. 29, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

II - eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77, no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997\)](#)”

Art. 77, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997\)](#)

§ 1º A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado.

§ 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

§ 3º Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

§ 4º Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação.

§ 5º Se, na hipótese dos parágrafos anteriores, remanescer, em segundo lugar, mais de um candidato com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 27 março 2017.

Constitucionalista italiano, Gustavo Zagrebelsky, que propõe três concepções de democracia: dogmática, cética e crítica.

Enquanto o pensamento dogmático acredita encontrar tudo nele, o pensamento cético nada encontra. Já o pensamento crítico não espera encontrar tudo, nem nada, mas sim algo que represente as possibilidades do ato democrático típico, auxilie na compreensão do significado dessas distinções e distinga os verdadeiros adeptos da democracia³⁷¹.

Na concepção do Professor Doutor Zagrebelsky, tanto o dogma quanto o ceticismo podem conviver com a democracia, mas ambos a utilizam como um instrumento. O dogmático pode aceitar a democracia apenas enquanto sirva como força para impor a verdade. O cético pode aceitá-la ou rejeitá-la. Se for realmente incrédulo, não encontrará nenhuma razão para optar pela democracia ao invés da autocracia. Entretanto, poderá ser democrático, não por idealismo, mas pela conveniência de seu próprio interesse³⁷².

Conclui que há duas formas de pensar, a do dogmático e a do oportunista (cético). Ambas se adaptam à democracia e, em determinadas circunstâncias, podem acolhê-la com demasiada ênfase, de forma a parecerem “ultra” ou “hiperdemocráticas”. Contudo, por trás das aparências, trata-se de uma adesão interesseira. Não auxiliam a democracia, pelo contrário, “valem-se dela, se e até quando puderem servir.”³⁷³

Essas duas mentalidades, dogmática e cética, opostas no fundamento embora análogas na instrumentalização, são refutadas pela democracia crítica, um pensamento aberto para a pesquisa, cuja exigência ética orienta-se para a investigação da melhor possibilidade. Apenas por meio do pensamento da possibilidade, que não almeja possuir a verdade nem a justiça e tampouco considera imprudente sua busca, a democracia revela-se como fim e não apenas como meio, portanto, “além de servir, deve ser servida.”³⁷⁴

Para as interpretações acríticas, que concebem o povo como força, quanto maior o contingente e menor a dissidência, mais forte será a democracia. Para a concepção dogmática, um indivíduo que abandona o grupo prejudica a força da verdade. Para a cética, aquele que se afasta é considerado um traidor do poder constituído³⁷⁵.

³⁷¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Crucificação e a Democracia**. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

³⁷² Idem, p. 33-34.

³⁷³ Idem, p. 34.

³⁷⁴ Idem, ibidem.

³⁷⁵ Idem, p. 148-149.

A democracia crítica entende que um indivíduo somente pode se retirar legitimamente do grupo ao qual não mais se reconhece, quando todas as vozes estiverem garantidas, as de consenso e dissenso, as de maioria e minoria.³⁷⁶

Do ponto de vista de uma democracia sem ilusões, devem ser repudiadas todas as concepções que adjudicam ao povo a capacidade de nunca errar, de estar sempre e inequivocadamente certo. Assim, partindo da concepção de que todos os homens são necessariamente limitados e falíveis, percebe-se que a autoridade do povo não depende de suas virtudes, mas decorre da falta insuperável de algo melhor³⁷⁷.

Até hoje não existe concepção que manifeste oposição à democracia. “A democracia é a ideologia do nosso tempo, talvez não por convicção, nem por hábito, mas por falta de alternativas.”³⁷⁸

Para ilustrar tantas contradições que o processo democrático já admitiu, o Douto Filósofo Zagrebelsky retratou a crucificação de Jesus Cristo, destacando que a preferência popular daquela época, ao adotar um procedimento tipicamente democrático, foi decisiva para levar o Rei dos Judeus, no lugar de Barrabás, ao sofrimento do calvário.

A vida de Cristo provocou, há cerca de dois mil anos, uma divergência entre Pilatos, procurador romano da Judeia, e o Sinédrio de Jerusalém, maior autoridade hebraica³⁷⁹.

Pilatos, ao invés de estabelecer um ato de Império – decisão unilateral que lhe era atribuída – que determinasse a liberação de Jesus, acatou a vontade dos representantes do Sinédrio, que almejavam confirmar a condenação de Jesus à morte, e abriu um suposto processo “democrático”³⁸⁰.

Como era costume libertar um condenado à morte na época da Páscoa (*privilegium paschale*), Pilatos perguntou à multidão se o Rei dos Judeus deveria ser solto. O povo, instigado por sacerdotes que haviam denunciado Cristo por inveja, gritava pela liberação de Barrabás no lugar de Jesus.

O clamor do povo pela crucificação revelou impressionante fanatismo popular. Havia pressa, instabilidade, emoção e manipulação; exatamente o contrário do que pressupõe uma democracia crítica. O povo condenava “democraticamente” Jesus e exaltava o dogma do Sinédrio e o poder de Pilatos³⁸¹.

³⁷⁶ Idem, p. 149.

³⁷⁷ Idem, p. 135-136.

³⁷⁸ Idem, p. 36.

³⁷⁹ Idem, p. 31.

³⁸⁰ Idem, ibidem.

³⁸¹ Idem, p. 151.

O pedido da multidão significa, em princípio, um incontestável argumento contra os princípios democráticos. Esse acontecimento, ocorrido há mais de dois mil anos, revela que a verdade e a justiça podem testemunhar contra a própria democracia³⁸².

O Douto Jurista italiano observa certa coerência na atitude de Pilatos, homem de poder e do governo, que se reconhece inteiramente nessa sua vocação, que, de fato, tinha a função de observar a verdade e a justiça para conservar o poder (e não se conservar no poder) e manter o governo (e não se manter no governo). Para Pilatos, a vida de Jesus valia tanto quanto a de Barrabás, uma vez que acima delas havia as imposições superiores do poder e do governo. Assim, entende-se o procurador romano da Judeia como um político “puro”, que percebe a verdade e a justiça como meros meios, úteis ou inúteis segundo as circunstâncias, e o poder e o governo como finalidade³⁸³.

Uma vez que o dever de Pilatos como procurador na Judeia era realizar os anseios da sociedade conforme o favoritismo popular, objetivando o fortalecimento do poder do governo, nota-se que ele aproximou-se mais do espírito popular do que Jesus, o profeta.³⁸⁴

O Douto Constitucionalista Zagrebelsky observa, ainda, que, em seu entender, Pilatos não foi um democrata, já que para tanto não seria necessário atender as pretensões da maioria. Ao contrário, pode-se considerá-lo até mesmo um autocrata, pois basta lembrar que autocratas de todas as épocas sempre tiveram verdadeira obstinação pelo controle do povo³⁸⁵.

Contudo, o consagrado Professor italiano³⁸⁶ conclui que o comportamento que mais se aproxima da democracia crítica é o de Jesus (sem por isso considerá-lo “o democrático” no lugar de Pilatos),

porque, em silêncio ‘até o fim’, ele convida ao diálogo e à reflexão; porque fica calado, aguardando ‘até o fim’. Um modelo perene. Infelizmente, não estamos tão seguros de ressuscitar após três dias e, portanto, não podemos dar-nos o luxo de aguardar em silêncio ‘até o fim’. Por isso, a democracia da possibilidade e da busca, a democracia crítica, deve mobilizar-se contra quem recusa o diálogo, nega a tolerância, busca somente o poder, crê ter sempre razão. A mansidão – como atitude de espírito aberto ao discurso comum, que não pretende impor-se, mas sim convencer e estar disposto a ser convencido – é com certeza a virtude cardeal da democracia crítica. Mas somente o filho de Deus pôde ser manso como o cordeiro do mundo. Na política, a mansidão, para não parecer imbecilidade, deve ser uma virtude recíproca. Se assim não for, a certa altura, ‘antes do fim’, é preciso quebrar o silêncio e agir para não tolerar mais.

³⁸² Idem, p. 32.

³⁸³ Idem, ibidem, p. 104-105.

³⁸⁴ Idem, ibidem, p. 105-106.

³⁸⁵ Idem, p. 151.

³⁸⁶ Idem, p. 152.

Por fim, destaca-se que o festejado Constitucionalista português, Doutor Jorge Miranda, revela que qualquer forma de governo se estabelece em certos princípios que, outorgando-lhe sentido, fundamentam o consentimento dos governados e o projeto dos governantes, bem como constroem o ideal a prosseguir³⁸⁷.

Assim, por trás das diversas concepções e formulações teóricas, sobressaem valores políticos, sem os quais a democracia não se justifica. Trata-se da liberdade e da igualdade, “tal como constam da Declaração de Direitos da Virgínia, da Declaração de 1789 e da maior parte das Constituições de Estado de Direito democrático”³⁸⁸.

Conforme proclamado pelo artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”³⁸⁹. Portanto, todos são titulares de direitos políticos, que possibilitam interferência coletiva na definição dos rumos do Estado e da sociedade. Ainda, considerando que todos são capacitados a solucionar seus problemas, não pela força, mas pelo confronto de ideias e pelo sufrágio pessoal e livre, também é garantida a participação cívica³⁹⁰.

Nesse sentido, o Professor Doutor Jorge Miranda ressalta que a liberdade revela-se como fundamento e limite de democracia. É fundamento porque a participação na direção dos destinos comuns pressupõe a liberdade. É limite porque a democracia não pode questionar a liberdade, e a maioria não é definitiva, destinada a reprimir os direitos da minoria, mas é sempre circunstancial.

Assim, em virtude de uma opção pela liberdade e não, simplesmente, por impossibilidade da democracia direta, o Douto Constitucionalista Jorge Miranda entende que somente por meio da democracia representativa, um *majus* e não um *minus* no confronto com a democracia direta, é possível a distinção entre os domínios do Estado (espaço público) e da sociedade (espaço privado) e a diferenciação entre o cidadão e a pessoa em sua vida própria, evitando que a individualidade seja absorvida pelo cidadão total, assim como ocorreu nos regimes totalitários do século XX. Igualmente, tão somente a democracia representativa garante a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes face aos

³⁸⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Estrutura Constitucional...**, ob. cit., p. 96.

³⁸⁸ Idem, ibidem.

³⁸⁹ Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 disponível em < http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf > Acesso em 27 março 2017.

³⁹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Estrutura Constitucional...**, ob. cit., p. 96-97.

governados e possibilita o pluralismo e o contraditório no campo das assembleias representativas³⁹¹.

2.3. Princípio Democrático e Estado de Direito (Direitos Fundamentais)

Atendo-se ao caso concreto em análise, a ADPF 347/DF, ressalta-se que o Ministro Celso de Mello, em seu voto, asseverou que, no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção às minorias e aos grupos vulneráveis corresponde a um fundamento imprescindível à plena legitimação do Estado de Direito democrático³⁹²:

A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República.

Objetivando a consolidação do regime democrático, o Ministro conclui que é necessário assegurar às minorias e aos grupos vulneráveis, especialmente em sede jurisdicional, todos os meios que lhes permitam exercer, efetivamente, os direitos fundamentais assegurados a todos, sem distinção³⁹³.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, inclusive os condenados que compõem o universo penitenciário, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SERVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

³⁹¹ Idem, p. 97-98.

³⁹² Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 28 fevereiro 2017, p. 164.

³⁹³ Idem, ibidem.

“Democracia e Estado de Direito não se confundem”³⁹⁴. Assim como já houve democracia sem Estado de Direito (*a democracia jacobina, a cesarista, a soviética e, mais remotamente, a ateniense*), já existiu Estado de Direito sem democracia (*de certo modo, na Alemanha do século XIX*)³⁹⁵.

Mas, conforme entende o Professor Doutor Jorge Miranda, a democracia representativa reivindica Estado de Direito, diante de sua complexa estrutura que revela a separação de poderes e perante a exigência da garantia dos direitos fundamentais³⁹⁶.

O reconhecimento do princípio democrático e a conciliação entre a vontade política (demonstrada pelos órgãos de soberania) e a popular (revelada nas eleições) não são suficientes. É imprescindível que o quadro institucional possibilite que a vontade popular se forme em liberdade, de modo que cada indivíduo possua segurança na previsibilidade do futuro, e que os elementos objetivo e subjetivo da Constituição sejam compatíveis e desenvolvam-se simultaneamente³⁹⁷.

O Douto Constitucionalista português defende, assim, a existência de harmonia entre os princípios substantivos da soberania do povo e dos direitos fundamentais, bem como a presença de mediatização entre os princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Observa que numa concepção extrema de absoluto domínio da maioria, o princípio democrático poderia ocasionar violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, assim como o princípio da liberdade poderia rejeitar qualquer decisão política sobre a sua modelação. Defende que o Estado de Direito democrático consiste no equilíbrio alcançado pelo esforço conjunto, constantemente atualizado, de princípios, valores e interesses, bem como pelo complexo ajuste entre órgãos políticos e jurisdicionais³⁹⁸.

O artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁹⁹ proclama e funda o *Estado democrático de Direito*, e, conforme previsto constitucionalmente, a democracia deve ser: um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, onde o poder emana do povo e deve ser exercido em seu próprio proveito, diretamente ou por seus representantes eleitos; participativa, uma vez que compreende a

³⁹⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Estrutura Constitucional...**, ob. cit., p. 67.

³⁹⁵ Idem, ibidem.

³⁹⁶ O Professor Doutor Jorge Miranda, observando que a democracia representativa postula Estado de Direito pela exigência de garantia dos direitos fundamentais, explica que “o direito de sufrágio e os demais direitos políticos se valem em si mesmos pelo valor da participação, valem, sobretudo, enquanto postos ao serviço da autonomia e da realização das pessoas.” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Estrutura Constitucional...**, ob. cit., p. 68.

³⁹⁷ Idem, ibidem.

³⁹⁸ Idem, ibidem.

³⁹⁹ Ver transcrição do artigo 1º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 1.

participação do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, pois respeita a diversidade de ideias, culturas e etnias, pressupondo, assim, o diálogo entre opiniões divergentes e a possibilidade de convivência entre diversos interesses e formas de organização⁴⁰⁰.

2.4. A concepção de integração entre Democracia e Direitos Fundamentais

O entendimento mais comum sustenta uma *integração* entre direitos fundamentais e democracia, cuja concepção se manifesta no modelo de Estado de Direito *democrático* ou num conceito de democracia *adjetivada* (ou *substancial* ou *deliberativa* ou *constitucional*)⁴⁰¹.

Observa-se que o modelo de Estado de Direito *democrático* foi adotado por várias Constituições, dentre elas a brasileira⁴⁰², a portuguesa⁴⁰³ e a espanhola⁴⁰⁴.

O conceito de democracia *adjetivada*, além de provavelmente ser a posição predominante na teoria política, é sustentada pelo Douto Filósofo do Direito norte-americano, Ronald Myles Dworkin, criador da concepção dos trunfos que oportunamente será abordada⁴⁰⁵.

O consagrado Jurista recomenda, em alternativa à autoridade majoritária, uma concepção de parceria da democracia, segundo a qual o governo democrático é composto por pessoas que agem na qualidade de associados. Sustenta que, apesar de existirem divergências em relação à política já que raramente há unanimidade nas sociedades, uma parceria pode ser

⁴⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito**. In Revista de Direito Administrativo, FGV, v. 173, Rio de Janeiro, 2015, p. 22.

⁴⁰¹ **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 18-19.

⁴⁰² Ver transcrição do artigo 1º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 1.

⁴⁰³ **Artigo 2º, Constituição da República Portuguesa de 1976:**

“A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.”

Disponível em < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> > Acesso em 15 fevereiro 2017.

⁴⁰⁴ **Artigo 2, Constituição espanhola de 1978:**

“La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.”

Disponível em < <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229> > Acesso em 15 fevereiro 2017.

Tradução livre do artigo 2:

1. A Constituição se fundamenta na unidade indissolúvel da nação espanhola, pátria comum e indivisível de todos os espanhóis, e reconhece e garante o direito à autonomia e à solidariedade das nacionalidades e regiões que a integram.

⁴⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis: **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 19 e **Direitos Fundamentais: Trunfos...**, ob. cit., p. 18-19.

efetiva quando há observância das normas da comunidade e esforço para que a lei seja consistente, por meio da dignidade de cada cidadão⁴⁰⁶.

O Douto Constitucionalista Ronald Dworkin ressalva que, enquanto a teoria majoritária define a democracia de modo meramente processual, a de parceria demonstra uma conexão entre as condições substantivas de legitimidade e a democracia, o que revela a diferença mais importante entre essas duas concepções. Considerando, ainda, que a legitimidade é uma questão de grau, nota-se que o mesmo acontece com a democracia. Trata-se de um ideal pelo qual algumas comunidades políticas lutam, umas com mais sucesso do que outras. Em sua percepção, a concepção de parceria produz um governo inteligível, ao contrário da majoritária, que não apresenta razão para ser vista como uma administração democrática exercido por membros de uma minoria política, ou até mesmo por membros de uma maioria⁴⁰⁷.

Prosseguindo no raciocínio acerca da integração entre direitos fundamentais e democracia, observa-se que a força de atração entre eles, além de concebida normativamente, também é constatada empiricamente ao se verificar que, nas atuais formas políticas, somente existe verdadeiro Estado de Direito onde a democracia está presente, assim como não há autêntica democracia na ausência de Estado de Direito⁴⁰⁸.

A estrutura do moderno Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual resultam exigências de igualdade e de liberdade individual, que levam ao acolhimento da regra da maioria como princípio essencial de funcionamento do sistema político⁴⁰⁹.

Sem a garantia dos direitos políticos, que somente são concretizados em uma democracia, o atual significado de dignidade da pessoa humana e a consequente titularidade universal dos direitos fundamentais perdem a sua essência. Igualmente, a participação igualitária na tomada de decisões da comunidade, a liberdade e a igualdade de todos os indivíduos tornam-se inócuas em caso de inobservância dos direitos políticos⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços...** ob. cit., p. 392.

⁴⁰⁷ Idem, *ibidem*.

⁴⁰⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 21.

⁴⁰⁹ Idem, *ibidem*.

⁴¹⁰ Idem, *ibidem*.

Quando não há democracia, a tendência é a concentração (exercício autocrático) em detrimento da separação dos poderes do Estado, o que ocasiona a deterioração dos direitos individuais⁴¹¹.

Ainda, sem a legitimação democrática, atribuída pela eleição livre e universal, o poder político se torna carecedor da força que o qualifica a promover e a proteger as condições de liberdade, autonomia e bem-estar individuais, ou seja, a garantir e a realizar os direitos fundamentais⁴¹².

Reciprocamente, a democracia também exige o Estado de Direito. A presença dos direitos fundamentais é condição imprescindível para o desempenho da democracia. Diante da impossibilidade do exercício dos direitos, especialmente dos políticos, a regra da maioria fracassa. Com a privação da participação popular, a liberdade e a igualdade ficam suprimidas da vida democrática, portanto, o poder não pode ser considerado democrático⁴¹³.

Entretanto, a despeito de todo esse conjunto harmônico entre democracia e Estado de Direito, é incontestável a presença de um conflito, que parece insuperável, entre esses dois princípios⁴¹⁴.

Constata-se essa contenda porque a maioria que ocupa o poder, apesar de supostamente dispor de legitimação democrática, pode comprometer os direitos fundamentais. Foi o que sucedeu no Estado autocrático do século XX, quando os diferentes regimes que o constituíam convocaram um apoio majoritário da população para assegurar violações sistemáticas aos direitos fundamentais. Também é possível verificar o desrespeito aos direitos fundamentais pela maioria dominante no atual Estado fundamentalista islâmico, bem como nos tipos de Estado que contemporizam, no século XXI, o legado dos experimentos autocráticos⁴¹⁵.

Contudo, mesmo em Estado democrático, há possibilidade de pressão do poder político sobre os direitos fundamentais, já que é manifesto que os procedimentos democráticos não garantem a conformidade entre a lei aprovada democraticamente e a justiça. Ainda quando as exigências materiais da Constituição de Estado de Direito são observadas pela lei, determinados atos da Administração e do Poder Judiciário podem estabelecer ilegítimas restrições aos direitos fundamentais⁴¹⁶.

⁴¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos...**, ob. cit., p. 18-20.

⁴¹² Idem, ibidem.

⁴¹³ Idem, p. 20.

⁴¹⁴ Idem, ibidem.

⁴¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 23.

⁴¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos...**, ob. cit., p. 21.

Por outro viés, a força de resistência dos direitos fundamentais também pode obstar o livre exercício do poder democrático, na medida em que o Poder Judiciário, um poder não eleito, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais, está constitucionalmente autorizado a limitar ou anular a execução das decisões provenientes de órgãos legitimamente eleitos para governar⁴¹⁷. Também, diante do caráter de indeterminação de grande parte das normas constitucionais de direitos fundamentais, há tendência de ampliação da margem de decisão judicial em relação ao legislador democrático, que é obrigado a observar as normas interpretadas, a cada momento, pelo Poder Judiciário⁴¹⁸.

Ainda, não raramente, a minoria vencida pode, por meio de recurso ao órgão judicial responsável pela jurisdição constitucional, alcançar posterior vitória sobre a maioria democraticamente eleita, o que retrata a maior objeção institucional ao princípio da maioria⁴¹⁹.

Por fim, mesmo que o princípio do Estado de Direito não se sobressaia sobre o democrático, a margem de livre decisão do legislador democrático, representante da maioria vencedora, sofre constrições resultantes de inarredáveis limites impostos por uma Constituição rígida⁴²⁰.

Assim, os direitos fundamentais, compreendidos como núcleo determinante de uma área de competência negativa que o legislador democrático não pode adentrar, ou somente pode ingressar excepcionalmente, revelam uma natural vocação contramajoritária⁴²¹.

2.5. O cenário de enfrentamento entre Democracia e Constitucionalismo

As divergências acerca da relação entre Estado de Direito (direitos fundamentais) e democracia, ou entre constitucionalismo e democracia como por vezes denominada, independentemente do suposto consenso de complementariedade entre os dois princípios, ressurgem a cada novo confronto entre a liberdade individual e os interesses da maioria e constantemente ocupam o centro dos atuais debates filosóficos e jurídico-constitucionais⁴²².

A problemática em discussão emerge repetidamente em decorrência do cenário contemporâneo, onde estão presentes: a rivalidade entre o liberalismo e o republicanismo;

⁴¹⁷ Idem, ibidem.

⁴¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 24.

⁴¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos...**, ob. cit., p. 22.

⁴²⁰ Idem, ibidem.

⁴²¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 25.

⁴²² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos...**, ob. cit., p. 22.

discussões acerca da natureza da democracia; o ressurgimento da controvérsia sobre a justiça constitucional; o estímulo das questões políticas face à dramática relação entre os princípios do Estado de Direito democrático; as novas realidades originadas pelo fundamentalismo islâmico⁴²³.

Ocorre que, mesmo quando essa oposição é reconhecida, o potencial enfrentamento ao princípio democrático, frequentemente, ao invés de ser atribuído aos direitos fundamentais, é imputado à *dificuldade contramajoritária*, que demonstra as limitações estabelecidas pela Constituição rígida e pela jurisdição constitucional ao espaço de livre decisão da maioria política⁴²⁴.

Alexander Bickel, um dos Constitucionalistas mais influentes do século XX, formulou originariamente a expressão “the contermajoritarian difficulty” (dificuldade contramajoritária) para tratar da oposição, presumida em qualquer democracia, à prerrogativa concedida ao Judiciário, instituição não eleita democraticamente, de anular atos dos demais Poderes instituídos, estes sim, detentores de legitimidade democrática.

O autor de “The Least Dangerous Branch”, enunciando que “The root difficult is that judicial review is a countermajoritarian force in our system”⁴²⁵ (a revisão judicial é uma força contramajoritária. Tradução livre.), esclareceu o motivo pelo qual o controle judicial é antidemocrático⁴²⁶:

An abstraction obscuring the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.
(Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou uma ação do executivo eleito, distorce a verdadeira vontade dos atuais representantes do povo; exerce controle, não em favor daquela maioria, mas contra ela. Tradução livre.)

Todavia, em verdade, como esclarece o Professor Doutor Jorge Reis Novais, por trás dos debates acerca da natureza contramajoritária dessas instituições está o inseparável vínculo entre Constituição e direitos fundamentais. Tanto em sua procedência histórica, como em sua reconstituição investigativa, o fundamento do Estado constitucional está diretamente relacionado à salvaguarda dos direitos do homem e à sua garantia enquanto direitos

⁴²³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 25-26.

⁴²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos...**, ob. cit., p. 23.

⁴²⁵ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-17.

⁴²⁶ Idem, ibidem.

fundamentais e somente encontra sentido na qualidade de compromisso, assumido pelas instituições estatais, de preservação dos anteriores direitos naturais⁴²⁷.

Para o ilustre Constitucionalista, que parte de uma perspectiva jurídico-constitucional e faz uma abordagem centrada no sentido e alcance contramajoritário dos direitos fundamentais, o questionamento da relação entre Estado de Direito (direitos fundamentais) e democracia adequa-se melhor a um método construtivo de reconhecimento de uma tensão, baseado na especificação de cada conceito inerente aos atuais sistemas democráticos. Ressalta ser vantajoso perceber que a garantia dos direitos fundamentais (garantia individual) é a essência do conceito de Estado de Direito, ao passo que a regra da maioria é o cerne do conceito de democracia, o que implica, portanto, adoção de uma perspectiva de potencial conflito entre os dois princípios⁴²⁸.

Esclarece que a alternativa apresentada proporciona adequado tratamento jurídico aos casos difíceis em que a liberdade individual entra em confronto com a vontade da maioria, o que não significa que sempre haverá prevalência do interesse da liberdade individual⁴²⁹.

As presentes considerações teóricas são justificadas na medida em que o reconhecimento da mencionada tensão, além de identificar o ideal normativo de democracia e a plenitude sistemática de seus conceitos, possibilita o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de constitucionalidade das intervenções restritivas que atingem os direitos fundamentais em Estado de Direito⁴³⁰.

Em termos práticos, um conflito de direitos fundamentais manifesta-se em juízo provocado por uma situação na qual um indivíduo ou um grupo busca a proteção da ordem jurídica de Estado de Direito, uma vez que entende que seu direito individual está afetado ilegitimamente pelo Estado⁴³¹.

Na demanda judicial não há discussão teórica sobre as virtudes da democracia ou do Estado de Direito, cabendo ao juiz limitar-se a examinar se, com a suposta afetação, os poderes estatais deixaram de cumprir algum dos deveres impostos pela Constituição, a maior norma de proteção do direito fundamental. Em suma, verificar-se-á a constitucionalidade da intervenção restritiva em causa⁴³².

⁴²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos...**, ob. cit., p. 23-24.

⁴²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 27-28.

⁴²⁹ Idem, p. 28.

⁴³⁰ Idem, ibidem.

⁴³¹ Idem, p. 28-29.

⁴³² Idem, p. 29.

O primeiro passo dessa análise judicial será, precisamente, identificar as razões que justificam a pretendida prevalência, o que evidenciará a contenda entre a intervenção estatal dos poderes democráticos e o direito fundamental do indivíduo afrontado⁴³³.

Caso acolha-se concepção baseada na ideia de *integração* entre Estado de Direito e democracia, o mencionado confronto de interesses será camuflado, lesando o controle do mérito e a consequente transparência da decisão judicial⁴³⁴.

O Professor Doutor Jorge Reis Novais demonstra, portanto, que a tese da *integração* construída pelo consagrado Constitucionalista Ronald Dworkin, apesar de convincente na ótica da filosofia política, não apresenta utilidade efetiva na perspectiva jurídica direcionada para o controle da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais⁴³⁵.

Assim, conforme analisado, enquanto o princípio democrático está relacionado à *premissa majoritária* (exercício do poder político a partir da livre escolha da maioria do eleitorado) ou à *premissa da parceria* de Dworkin (regime no qual é concedido oportunidade a todos os cidadãos de se constituírem parceiros ativos e iguais de um autogoverno coletivo), o princípio de Estado de Direito apresenta enfoque, essencialmente, na garantia da autonomia individual⁴³⁶.

A Constituição de Estado de Direito, aprovada pela maioria, estabelece os requisitos de formação e funcionamento de um Governo democrático representativo, também fundado mediante livre escolha majoritária, mas concomitantemente vinculado aos direitos fundamentais constitucionais⁴³⁷.

Em sentido contrário, o ilustre Professor Doutor Jorge Miranda entende que Estado de Direito democrático representa a convergência de Estado de Direito e democracia. A despeito de as expressões “Estado de Direito democrático” e “Estado de Direito” terem surgido em momentos diversos e sob distintas influências, hoje, diante das imposições de respeito aos direitos das pessoas e de funcionalidade jurídica, uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito. O poder político pertence ao povo e é exercido conforme a regra da maioria. Contudo, está subordinado, materialmente e formalmente, à Constituição e à fiscalização jurídica dos atos de poder⁴³⁸.

O Douto Constitucionalista português entende que há uma interação dos princípios substantivos da soberania do povo e dos direitos fundamentais e uma propagação dos

⁴³³ Idem, ibidem.

⁴³⁴ Idem, ibidem.

⁴³⁵ Idem, ibidem.

⁴³⁶ Idem, p. 35-36.

⁴³⁷ Idem, p. 36.

⁴³⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais...**, ob. cit., p. 250-251.

princípios da adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Enquanto o princípio democrático, num caráter extremo de irrestrito domínio da maioria, poderia violar conteúdo essencial de direitos fundamentais, igualmente, o princípio da liberdade, em condições radicais, poderia recusar qualquer decisão jurídica em seus moldes. Alcança-se o equilíbrio por meio do esforço conjunto, constantemente atualizado, de princípios, valores e interesses, bem como de uma profunda conexão entre órgãos políticos e jurisdicionais⁴³⁹.

Portanto, de acordo com sua concepção, o constitucionalismo não retrata a concepção dos trunfos como maioria, mas a teoria segundo a qual a maioria deve ser limitada para a eficaz proteção dos direitos individuais. Assim como os direitos fundamentais não podem ser efetivamente garantidos e consolidados fora da democracia representativa, esta também não se concretiza, senão por meio do exercício dos direitos fundamentais⁴⁴⁰.

Na visão do Professor Doutor Jorge Miranda, Estado de Direito democrático, cujo primado é assegurado constitucionalmente, ainda significa um pouco mais. O Estado democrático é justificado e organizado pelo Direito que, simultaneamente, reflete e corresponde a uma sociedade que deseja pessoas livres e iguais. Admitindo a existência de contrastes e conflitos de classes, grupos, gerações, setores e regiões, entende que tais antagonismos estão inseridos numa visão dinâmica do processo social em que se almeja superação por meio da crescente informação e participação da população dentro de um rígido quadro constitucional e da estabilidade dos valores que geram caráter e razão de ser à comunidade política⁴⁴¹.

3. A Concepção dos Direitos Fundamentais como Trunfos contra a Maioria aplicada na ADPF 347/DF

Observa-se que vários Ministros destacaram que os presidiários fazem parte de um grupo minoritário e repudiado pela sociedade.

O Ministro Marco Aurélio destacou que as atuais políticas públicas que pretendem solucionar as graves violações aos direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência

⁴³⁹ Idem, p. 251.

⁴⁴⁰ Idem, ibidem.

⁴⁴¹ Idem, p. 253-254.

do sistema prisional brasileiro, não conseguem avançar no campo político, diante da condição dos presos: grupo social minoritário, impopular e marginalizado⁴⁴².

O Ministro Edson Fachin observou que as questões concernentes ao sistema penitenciário nacional, há bastante tempo, não encontram lugar algum na criação e implementação de políticas públicas, tampouco em qualquer atuação legislativa⁴⁴³.

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao concluir que a essência da legitimação da atuação da jurisdição constitucional é exatamente a proteção dos direitos fundamentais, nomeadamente, os da minoria, ressaltou serem os presos uma minoria invisível, não representada politicamente e incapaz de expressar, em qualquer foro relevante, as suas necessidades⁴⁴⁴.

Assim, diante desse cenário de vulnerabilidade dos direitos fundamentais dos presos, analisar-se-á a adequação da concepção dos trunfos, nos termos em que propostos pelo Douto Constitucionalista Jorge Reis Novais, que pode servir de referência ao operador jurídico ao se defrontar com os substanciais conflitos entre os direitos fundamentais e as deliberações da maioria democrática⁴⁴⁵.

3.1. Origem e Perspectiva Constitucional da Ideia dos Trunfos

A comparação dos direitos fundamentais aos trunfos, cuja concepção originária é atribuída ao notável Teórico do Direito Ronald Myles Dworkin, demonstra que as posições jurídicas individuais equivalem a vantagens contra as pretensões estatais que objetivam fixar restrições à liberdade pessoal em favor do posicionamento majoritário, que somente seriam admissíveis numa conjuntura que não resguardasse os direitos fundamentais⁴⁴⁶.

O Jurista norte-americano preconizava que os direitos são melhor compreendidos ao serem comparados aos trunfos. Trata-se de vantagens que podem ser utilizadas contra suposta decisão política, cuja finalidade não corresponde a uma justificativa suficiente que respalde a coercibilidade estatal restritiva de algum direito-trunfo⁴⁴⁷.

⁴⁴² Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 30 março 2017, p. 35.

⁴⁴³ Idem, p. 50.

⁴⁴⁴ Idem, p. 69.

⁴⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 31-33.

⁴⁴⁶ Idem, p. 37.

⁴⁴⁷ Em sua língua originária, Dworkin afirmava que “rights are best understood as trumps over some background justifications for political decisions that states a goal for the community as a whole.” (Tradução livre: Direitos

Partindo dessa ideia originária de Dworkin, o Professor Doutor Jorge Reis Novais, observando que uma carta de trunfo recebe maior valor do que as demais, explica que, em Estado de Direito, um direito fundamental corresponde a um trunfo num jogo de cartas. Considerando que os direitos fundamentais equivalem a posições jurídicas individuais contra o Estado, ter um direito fundamental implica desfrutar de um trunfo contra o Governo democraticamente legitimado⁴⁴⁸.

Contudo, em seu entender, a analogia aos trunfos não pode ser aplicada de forma independente e direta em Direito Constitucional⁴⁴⁹.

A uma, porque é inviável realizar uma distinção entre os argumentos fundados em direitos e as razões baseadas nos interesses estatais ou comunitários, com o objetivo de justificar as restrições aos direitos fundamentais e sustentar uma incompatibilidade definitiva entre *right/principles* e *policies*⁴⁵⁰. Observa-se que a maioria das medidas políticas governamentais são naturalmente consideradas imprescindíveis à proteção de direitos fundamentais, uma vez que, em Estado de Direito social, além de se objetivar a satisfação de interesses recíprocos, existe o dever estatal, previsto constitucionalmente, de respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais, que exige atuações positivas e políticas públicas⁴⁵¹.

A duas, porque os direitos que, respaldados pelas exigências da dignidade da pessoa humana, da moralidade e da justiça, ostentam um caráter definitivo e absoluto em detrimento das pretensões estatais não representam a maior dificuldade dos direitos fundamentais em Direito Constitucional. Em verdade, a máxima adversidade ocorre no momento, em princípio anterior e mais abrangente, em que razões de interesse público legitimam uma eventual sucumbência dos direitos fundamentais⁴⁵².

O Douto Constitucionalista defende, também, que a questão jurídica-constitucional das restrições aos direitos fundamentais não pode se limitar às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, mas exige a realização de ponderação entre interesses, bens e valores de sentido contrário que, apesar de carecerem igualmente da proteção jurídica do Estado, somente podem avançar conforme as regras e princípios constitucionais⁴⁵³.

são melhor entendidos como trunfos sobre algumas justificativas de fundo para as decisões políticas que afirmam uma meta para a comunidade como um todo.) Cfr. DWORKIN, Ronald. **Rights as Trumps**. In WALDRON, Jeremy. **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University, 1984, p.153.

⁴⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos...**, ob. cit., p. 17.

⁴⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 39.

⁴⁵⁰ Idem, p. 39-40.

⁴⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 257-269.

⁴⁵² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 40.

⁴⁵³ Idem, p. 42-43.

Por uma perspectiva constitucional, revela-se que, diante das circunstâncias da colisão e uma vez que as restrições aos direitos fundamentais podem ser liminarmente excluídas, já que nem todas afetam diretamente a dignidade da pessoa humana, é inviável decidir os casos nos quais há presença de *conflitos de trunfos contra trunfos* (em ambos os lados há direitos fundamentais baseados nos princípios da dignidade) sem valer-se dos juízos de ponderação de bens⁴⁵⁴.

Efetivamente, uma restrição, apesar de não desrespeitar os dois princípios da dignidade, pode ser inconstitucional. Basta haver um fundamento plausível para afetar aos direitos fundamentais em benefício do interesse público (logo, uma restrição provavelmente operada dentro do espaço de livre ajuste político, autorizado constitucionalmente) que seja posteriormente consolidado em lei ou medida restritiva que viole outros princípios constitucionais⁴⁵⁵.

Assim, na concepção do Douto Jurista português, a metáfora dos trunfos deve ser desenvolvida em perspectiva diversa da desenvolvida por seu criador⁴⁵⁶, que, ao invés de apresentar uma proposta geral de ponderação de bens para solucionar um conflito entre os pesos dos direitos fundamentais e dos interesses de bem comum respaldados pela maioria democrática, defende que a solução do problema se dá por meio de uma composição positiva das exigências dos valores básicos, determinada pela melhor interpretação moral da Constituição que indicará as razões pelas quais deve ou não o Estado efetuar a restrição, com base na igual consideração e respeito a todos⁴⁵⁷.

O Douto Jurista Ronald Dworkin desenvolve concepções interpretativas de igualdade, liberdade e democracia mutuamente sustentadoras. Distingue a autonomia, *freedom*, (capacidade de se fazer o que quiser sem ser condicionado pelo governo) da liberdade, *liberty*, (parte da autonomia individual que o governo não deveria condicionar). Expõe que a justiça exige tanto a concepção de liberdade, quanto a de igualdade dos recursos, e, na construção de seu pensamento, sustenta a total integração dessas duas teorias, uma vez que ambas dependem da mesma solução para o problema da equação simultânea. Esclarece,

⁴⁵⁴ Idem, p. 42.

⁴⁵⁵ Idem, ibidem.

⁴⁵⁶ O Professor Doutor Jorge Reis Novais analisa a pretensa harmonia teoricamente construída entre *liberty* e *freedom*, proposta por Dworkin, e reafirma sua concepção de que no *mundo* dos direitos fundamentais são vantajosas as construções que evidenciam os conflitos de interesses. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 30-33.

⁴⁵⁷ Idem, p. 40-42.

ainda, que não defende o direito geral à autonomia, mas sim direitos à liberdade firmados em diferentes bases⁴⁵⁸.

Afirma que na moralidade política, a integração é condição necessária da verdade. Sustentando uma cooperação da igualdade e da liberdade com o direito de participar como igual na sua própria governação, apresenta uma distinção entre as concepções de democracia majoritária e de parceria, esta última nomeada por ele. Baseado na ideia de parceria – segundo a qual, numa comunidade verdadeiramente democrática, cada cidadão participa enquanto parceiro igual, resultando na igualdade tanto no direito ao voto, como na participação do resultado –, o Douto Filósofo do Direito norte-americano compreende que a própria democracia exige proteção apenas dos direitos individuais à justiça e à liberdade, que, em algumas ocasiões, se diz que são por ela ameaçados⁴⁵⁹.

Portanto, inspirado no consagrado Jurista Ronald Dworkin, mas com enquadramento e desenvolvimento diversos, o Douto Constitucionalista Jorge Reis Novais⁴⁶⁰ entende que a concepção dos trunfos, numa perspectiva constitucional, deve ser compreendida no sentido da indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte do Estado e da maioria governamental, nomeadamente:

- (i) enquanto limite ou exigência contramajoritária imposta aos poderes públicos pela necessária observância jurídica do princípio da igual dignidade da pessoa humana; e
- (ii) enquanto decorrência normativa da natureza e força constitucionais dos direitos fundamentais – de todos eles, e não já apenas os que resultem diretamente impostos pelas exigências da dignidade da pessoa humana – na sua qualidade de garantias jurídicas furtadas, por definição, à disponibilidade dos poderes públicos.

Por fim, observando o entendimento, constante do voto do Ministro Celso de Mello, de que a função desempenhada pelos direitos fundamentais de contenção da soberania popular provém da limitação imposta pelo princípio do Estado de Direito, que não permite a existência de poderes absolutos, nem mesmo o da soberania popular⁴⁶¹; destaca-se que é por meio do controle da atuação do Estado que a concepção dos direitos fundamentais como

⁴⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços...** ob. cit., p. 373-386.

⁴⁵⁹ Idem, p. 387-403.

⁴⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 43.

⁴⁶¹ Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 31 março 2017, p. 162-163.

trunfos contra a maioria (contudo sujeitos a cederem diante de outros valores, bens e direitos de valor superior) demonstra todos os seus benefícios⁴⁶².

3.2. Fundamentos da aplicação da Metáfora dos Trunfos aos Direitos Fundamentais dos Presos

A imagem dos direitos associada aos trunfos encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, que garante que cada pessoa se comporte, em Estado de Direito, de acordo com suas próprias concepções e planos de vida⁴⁶³.

Em Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, o espaço de autonomia e a liberdade individual não podem ser restringidos pela maioria estabelecida democraticamente, que deve tratar todos, independentemente de valorações pessoais, com a mesma dignidade e consideração⁴⁶⁴.

Assim, a figura do trunfo revela sua autoridade na medida em que a decisão democrática da maioria não anula o direito da minoria. O trunfo, que consiste em um direito fundamental definitivamente estabelecido, reforça juridicamente a proteção do interesse individual, concedendo-lhe força de resistência diante da qual se curva a decisão democrática da maioria⁴⁶⁵.

A dignidade da pessoa humana também provoca, indiretamente, a anulação de limitações à liberdade que causem restrições desnecessárias à liberdade geral de ação, mesmo que o interesse público em causa se encontre dentro da margem de livre ajuste do legislador ou do governo democrático⁴⁶⁶.

Portanto, se por um lado, o direito ao desenvolvimento da personalidade e a liberdade geral de ação apresentam aspectos de fragilidade (uma vez que possuem âmbito de proteção demasiado amplo a ponto de contemplar toda a liberdade juridicamente protegida), por outro, assumem a natureza de trunfo (mesmo quando a decisão política da maioria se encontra em um espaço constitucionalmente livre, recebem forte proteção provinda dos princípios estruturantes: igualdade, proibição do excesso, segurança jurídica). Esses direitos,

⁴⁶² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 43.

⁴⁶³ Idem, p. 47.

⁴⁶⁴ Idem, p. 49.

⁴⁶⁵ Idem, ibidem.

⁴⁶⁶ Idem, p. 49-50.

essencialmente associados à dignidade da pessoa humana, revelam acentuada importância em Estado de Direito democrático⁴⁶⁷.

O Douto Constitucionalista Jorge Reis Novais explica que, desde que haja reconhecimento da dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico-constitucional, o fato de se adotar a concepção dos trunfos como a teoria constitucional mais adequada ao atual Estado de Direito não exclui o diálogo constitucional com as doutrinas divergentes⁴⁶⁸.

Igualmente, havendo consenso quanto à supremacia da Constituição e de suas normas de direitos fundamentais, bem como quanto à necessidade de se garantir institucionalmente essa primazia, é viável um debate jurídico deliberativo entre teorias com fundamentos diversos⁴⁶⁹.

A teoria dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria adequa-se ao Estado de Direito democrático brasileiro, que reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana e garante a vinculação e a indisponibilidade dos direitos por parte do Governo e de suas entidades públicas.

Acolhe-se na presente pesquisa a estratégia proposta pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais, de evidência do conflito entre os princípios democrático e do Estado de Direito, à luz da concepção dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria.

Conforme explica o Douto Constitucionalista português⁴⁷⁰,

A ideia dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria é também uma exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério. **Por maioritários que sejam, os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direitos fundamentais.** (grifo meu)

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Melo destacou em seu voto que “ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República”⁴⁷¹.

Assim, as garantias constitucionais, representando uma vantagem (um trunfo) atribuída às minorias, impedem a realização dos escopos majoritários, pelo menos enquanto a Constituição estiver em vigência⁴⁷².

⁴⁶⁷ Idem, p. 50-51.

⁴⁶⁸ Idem, p. 53-54.

⁴⁶⁹ Idem, p. 54.

⁴⁷⁰ Idem, p. 55.

⁴⁷¹ Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 31 março 2017, p. 164.

⁴⁷² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 55.

Do ponto de vista histórico-constitucional, foi com o surgimento do *novo constitucionalismo* na segunda metade do século passado, que a concepção de indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte da maioria obteve acolhimento e consagração positiva, na medida em que, as Constituições, progressivamente e com ritmos diferenciados, passaram a conceber expressamente a vinculação do próprio legislador democrático aos direitos fundamentais, instituíram jurisdições constitucionais ou consagraram os direitos fundamentais como limites materiais de revisão constitucional⁴⁷³.

Os embasamentos jurídicos da concepção dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria são a constitucionalização dos direitos e a garantia da sua efetividade, uma vez que somente por meio do reconhecimento do alcance e da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais é que se concretiza o pleno desenvolvimento das garantias de liberdade e autonomia individuais. Quando uma posição não recebe apoio da maioria, é impopular ou sofre repúdio até mesmo violento é que o Estado de Direito revela sua força própria em relação ao conceito de democracia e os direitos fundamentais mostram-se verdadeiramente úteis⁴⁷⁴.

Em uma democracia, desde que suas regras estejam asseguradas, basta o apoio da maioria para que a posição eleita seja devidamente respeitada. Em outras palavras, na hipótese de divergência de interesses, os direitos fundamentais são desnecessários para a consagração do posicionamento dominante, uma vez que as regras democráticas são suficientes à maioria⁴⁷⁵.

Por outro lado, a posição minoritária, normalmente sujeita à pressão, tendencialmente tirana por parte da maioria, carece da proteção e das garantias do Estado de Direito, cuja força sobressai no momento em que os direitos fundamentais socorrem a minoria apartada, mais impopular ou ameaçada, não para impor à maioria, mas para proporcionar ao indivíduo ou à minoria isolada igual dignidade e acesso às mesmas oportunidades que dispõem os demais concidadãos⁴⁷⁶.

Nas palavras do Professor Doutor Jorge Reis Novais, “sem Estado de Direito, a minoria seria inevitavelmente discriminada e as concepções minoritárias suprimidas ou perseguidas”⁴⁷⁷, resultando na violação do princípio da dignidade da pessoa humana, base das comunidades políticas. Ainda, conforme vastamente comprovado pela História, seriam

⁴⁷³ Idem, p. 55-56.

⁴⁷⁴ Idem, p. 58-59.

⁴⁷⁵ Idem, p. 59.

⁴⁷⁶ Idem, p. 59-60.

⁴⁷⁷ Idem, p. 60.

ocasionados sérios danos ao desenvolvimento – “moral, científico, político ou cultural”⁴⁷⁸ – da sociedade⁴⁷⁹.

O julgado em análise, como destacou o Ministro Marco Aurélio, o Relator do acórdão, não trata de tema que agrada a opinião pública, mas, ao contrário, compreende pauta impopular, que abrange direitos de um grupo de pessoas, cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, diante do cometimento de crimes. Não obstante ao respeito que o Supremo Tribunal Federal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode olvidar da missão que compreende a defesa de minorias, ou seja, do papel contramajoritário de reconhecimento de direitos daqueles indivíduos que a sociedade repudia e os poderes políticos ignoraram⁴⁸⁰.

Nesse sentido, a relevância do caráter contramajoritário das Cortes Constitucionais ou Supremas, foi ressaltada pelo Ministro Celso de Mello, ao se destacar que a função mais importante do Poder Judiciário é sua atuação como poder contramajoritário, de forma a proteger as minorias contra imposições incoerentes das majorias, o que revela seu papel de garante dos direitos fundamentais, bem como sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes. Enfatizou que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, não raramente profere *decisões de caráter nitidamente contramajoritário*, o que demonstra o objetivo de salvaguarda, conforme determina a Constituição, dos direitos e valores que identificam os grupos minoritários sujeitos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política, que os tornam, diante de tais condições, suscetíveis à intolerância, perseguição, discriminação e de infundada exclusão⁴⁸¹.

Destaca-se, ainda, que o Ministro Marco Aurélio, Relator do julgado, observou a dificuldade de imaginar candidatos a cargos políticos que defendessem, em sua campanha eleitoral, a dignidade dos presos. A rejeição popular inibe o debate parlamentar acerca da melhoria do sistema prisional, ocorrendo o que os cientistas políticos nomeiam de “legislative blindspot” (ponto cego legislativo). O receio da impopularidade por parte dos legisladores e governantes gera incapacidade dos governos popularmente eleitos para solucionar graves problemas de direitos fundamentais. Em seus dizeres⁴⁸²:

⁴⁷⁸ Idem, ibidem.

⁴⁷⁹ Idem, ibidem.

⁴⁸⁰ Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 31 março 2017, p. 21.

⁴⁸¹ Idem, p. 162-163.

⁴⁸² Idem, p. 33-34.

A história possui vários exemplos de agentes políticos haverem acionado cortes constitucionais, visando encontrar soluções a casos moralmente controvertidos e impopulares e, assim, evitar choques com a opinião pública. Os poderes majoritários apostam no perfil contramajoritário das cortes constitucionais ou supremas: condenadas judicialmente a atuar, autoridades públicas se escudam no Estado de Direito e no consectário dever de observar ordens judiciais para implementar aquilo que teriam feito voluntariamente se não temessem custos políticos.

Concluiu que, em comparação aos Poderes Legislativo e Executivo, o Supremo Tribunal Federal atua independentemente da opinião pública majoritariamente contrária e de modo a rejeitar o *populismo judicial*, especialmente nas esferas de liberdade e dignidade dos indivíduos⁴⁸³.

Nesse sentido, o princípio do Estado de Direito (ou, caso se prefira, direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito é juridicamente vinculado ao respeito, à proteção e à promoção dos direitos fundamentais) revela-se como limite jurídico-constitucional da decisão majoritária. Trata-se de uma prerrogativa contra a decisão democrática da maioria, já que, em Estado de Direito democrático, as garantias jusfundamentais restringem o poder público legitimado⁴⁸⁴.

Ainda que o cenário majoritário adote um entendimento segundo o qual somente por meio da extinção da autonomia ou do bem-estar individual seja possível a concretização do interesse público, a regra da maioria não invalida o princípio de Estado de Direito. As áreas resguardadas por um direito fundamental não cedem ao discurso da legitimidade democrática da maioria⁴⁸⁵.

Por outro lado, certo é que a decisão da maioria democrática pode prevalecer sobre o interesse individual jusfundamentalmente protegido. Contudo, uma vez que os direitos fundamentais são reconhecidos constitucionalmente como direitos contra a maioria, o suposto predomínio da posição da maioria não encontra embasamento na justificativa majoritária, mas no desfecho de uma ponderação de bens⁴⁸⁶, realizada com base nos parâmetros

⁴⁸³ Idem, p. 35.

⁴⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça**..., ob. cit., p. 60.

⁴⁸⁵ Idem, p. 60-61.

⁴⁸⁶ Apesar de não ter havido necessidade da utilização da técnica da ponderação no julgado em análise, motivo pelo qual essa questão não foi abordada na presente pesquisa, observa-se a influência do pensamento do consagrado Professor Doutor Robert Alexy nas grandes transformações do direito contemporâneo. O Douto Jurista alemão formulou a clássica distinção qualitativa entre regras e princípios, que se dá pela forma de solução de conflito, respectivamente, subsunção e ponderação. Enquanto as colisões entre regras ocorrem na dimensão da validade, os conflitos entre princípios ocorrem no âmbito do peso. Nos casos concretos, os princípios possuem pesos diferentes e os que têm maior peso usufruem de precedência. Conforme explica o Douto Filósofo Alexy, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito manifesta a otimização em relação aos princípios divergentes e é idêntica à *lei da ponderação*, segundo a qual, “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro”.

constitucionais, que atribui vantagem, capaz de justificar a restrição ao direito fundamental, a determinado bem, igualmente merecedor de proteção⁴⁸⁷.

Conclui-se que a concepção dos trunfos é um mecanismo especialmente apropriado à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos ou grupos que, mesmo numa democracia consolidada, encontram dificuldades de participação das escolhas políticas, por serem mais suscetíveis à discriminação por parte da posição majoritária, tal e qual a categoria dos presidiários.

Porém, ressalva-se que a teoria dos trunfos não deve ser configurada exclusivamente para a proteção das minorias (*sociais, religiosas, sexuais, étnicas*⁴⁸⁸), uma vez que abrange todas as ocasiões em que o indivíduo, independentemente do grupo a que pertença, ostente titularidade de um direito fundamental que entre em conflito com as escolhas do Governo democrático ou de seus poderes públicos instituídos⁴⁸⁹.

A função de garantia da concepção dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a maioria também não está limitada a certos tipos de direito, como os políticos ou as liberdades pessoais, mas demonstra um caráter de generalização, baseado no fundamento jurídico-constitucional que ampara todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados⁴⁹⁰.

Portanto, além de fortalecer os direitos políticos da minoria contra os anseios amparados pela supremacia majoritária, a concepção dos trunfos, baseada no princípio da igual dignidade da pessoa humana, alcança todos os direitos fundamentais⁴⁹¹, inclusive os direitos sociais nos países que os reconhecem como direitos fundamentais constitucionais⁴⁹².

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 593.

⁴⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça...**, ob. cit., p. 61.

⁴⁸⁸ Idem, p. 62.

⁴⁸⁹ Idem, ibidem.

⁴⁹⁰ Idem, p. 60.

⁴⁹¹ Idem, p. 61.

⁴⁹² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais...**, ob. cit., p. 319.

CAPÍTULO III

SEPARAÇÃO DE PODERES NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise do princípio da separação de poderes, assim como a do princípio contramajoritário, restringe-se aos contornos do julgado em análise.

Prosseguindo na análise da medida liminar concedida parcialmente na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347, destaca-se que a Suprema Corte observou que a responsabilidade pelo atual estágio do sistema carcerário brasileiro não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só à União, mas também aos estados e ao Distrito Federal⁴⁹³.

Ressaltou que as leis existentes, porque não respeitadas, deixam de garantir proteção aos direitos fundamentais dos presos; que não há diálogo entre os Poderes Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas; que o Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, pratica a “cultura do encarceramento”, que, além de agravar a superlotação carcerária, não diminui a insegurança social nas cidades e zonas rurais; que as políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades⁴⁹⁴.

O Supremo Tribunal Federal concluiu que o mau funcionamento estrutural e histórico do Estado brasileiro, nele compreendido os três Poderes, tem gerado violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade⁴⁹⁵.

Da leitura do acórdão pôde-se constatar que o raciocínio sobre a separação de poderes esteve presente na decisão da Corte Suprema que, diante da situação precária das penitenciárias, determinou à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos⁴⁹⁶.

Conforme explica o Douto Jurista brasileiro Daniel Sarmento, a já superada ideia, emanada da doutrina e jurisprudência nacionais, de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, impedia que esses

⁴⁹³ Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 31 março 2017, p. 26.

⁴⁹⁴ Idem, ibidem.

⁴⁹⁵ Idem, p. 28.

⁴⁹⁶ Idem, p. 4.

direitos fundamentassem, em juízo, a exigência de prestações positivas do Estado. Prevalecia a concepção rígida sobre o princípio da separação de poderes, segundo a qual eram indevidas intromissões, realizadas pelo Poder Judiciário nos domínios do Legislativo e Executivo, que resultassem no controle das políticas públicas de efetivação dos direitos sociais⁴⁹⁷.

Contudo, diante do notável avanço ocorrido no Brasil, esse cenário se inverteu. Não raramente, em todo o país, são proferidas decisões judiciais que fixam a entrega de prestações materiais, relativas a direitos sociais constitucionalmente positivados, aos jurisdicionados. Nas palavras do Douto Professor brasileiro⁴⁹⁸:

Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada. Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro ‘leva a sério’ os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Não obstante, inevitável observar que dessa inovação resultaram algumas questões complexas, como a relacionada ao quadro de escassez de recursos existentes na sociedade. Uma vez que o atendimento aos direitos sociais envolve custos, o grau de sua realização fica limitado ao desenvolvimento socioeconômico de cada país. A contenção de despesas impede a concretização imediata desses direitos e constrange o Estado a eleger prioridades dentre várias reivindicações igualmente legítimas⁴⁹⁹.

Observa-se que no acórdão do Supremo Tribunal Federal em análise foi destacado que a destinação dos recursos públicos, sempre tão escassos, propicia situações de conflito com a execução de políticas públicas ou com a própria implementação de direitos sociais, ambas asseguradas pela Constituição da República. A insuficiência financeira e orçamentária gera contextos de incompatibilidade que impõem que o Estado faça escolhas, que podem ser desastrosas, entre valores igualmente relevantes. Advertiu-se que a decisão governamental, além de ser fundada na dignidade da pessoa humana, deve conferir real efetividade às normas positivadas na Lei Fundamental, de modo a garantir o mínimo existencial⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. 2009. Disponível em <file:///Users/patriciafalcaoandra/Downloads/A+Protecao+Judicial+dos+direitos+Sociais+-+sarmiento.pdf> < >

Acesso em 21 março 2017, p. 1.

⁴⁹⁸ Idem, p. 2-3.

⁴⁹⁹ Idem, p. 3.

⁵⁰⁰ Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 31 março 2017, p. 171-172.

Destaca-se que diante da consolidação da nova cultura constitucional que surgiu no Brasil em 1988, a jurisprudência brasileira avançou ao reconhecer a plena capacidade de se discutir em juízo a realização dos direitos sociais, o que pode ser observado nas frequentes concessões de prestações materiais aos jurisdicionados⁵⁰¹.

Nesse sentido, examinar-se-á, inicialmente, a caracterização do Estado social e democrático de Direito do século XX que, além de dar continuidade ao legado fundamental do Estado de Direito liberal, adapta-se aos novos valores, alterando substancialmente seus elementos no que se relaciona às percepções sobre os direitos fundamentais e a divisão de poderes. Esses entendimentos permitirão, em seguida, estender a proposta de aplicação da concepção dos trunfos aos direitos sociais dos presidiários declarados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF.

O raciocínio prosseguirá com a apreciação da relação entre separação de poderes e políticas públicas, que levará à reflexão sobre o acolhimento do *estado de coisas inconstitucional* pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, a observação adentrará no campo da efetividade material dos direitos fundamentais e da escassez de recursos, que se relaciona diretamente com as ideias de direito ao mínimo existencial e da reserva do possível.

Em tons de conclusão indagar-se-á acerca da real ou (utópica?) efetividade da Constituição.

1. Estado Social e Democrático de Direito

No âmbito da evolução dos tipos históricos de Estado, observa-se que a passagem do século XIX para o XX foi marcada pela crise ideológica do modelo de Estado liberal. As novas experiências políticas que sobrevieram após a explosão da Primeira Guerra Mundial demonstraram, apesar da imensa diversidade, o objetivo conjunto de superação da herança liberal. Enquanto a disputa entre o fascismo/nacional-socialismo e a revolução soviética aniquilava a própria permanência do Estado de Direito, surgia outra proposta que visava o restabelecimento dessa concepção, contudo, de acordo com as novas condições do século XX, o que deu origem ao Estado social e democrático de Direito⁵⁰².

⁵⁰¹ SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns...**, ob. cit., p. 37.

⁵⁰² NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 30.

Inspirado no legado deixado pelo Estado de Direito liberal, esse novo modelo, que propunha significativa reavaliação dos fins do Estado e a reconstrução das relações entre Estado e sociedade, firmou a ascensão do ideal de limitação jurídica do Poder e de preservação das garantias individuais. O sistema de Estado social e democrático de Direito foi adotado na Constituição mexicana de 1917 e na de Weimar de 1919, e, posteriormente, em inúmeras Cartas Magnas do segundo pós-guerra⁵⁰³.

Depreende-se, assim, que o conflito mundial do início do século XX pôs fim à esperança de uma justiça natural inerente às relações econômicas e sociais, e, conseqüentemente, contestou a concepção idealizada de separação extremista entre Estado e sociedade. A confiança liberal na atuação da livre concorrência num mercado sem intervenção do Estado foi contrariada pela crise generalizada ocasionada pelos países capitalistas desenvolvidos⁵⁰⁴.

Com a falência do modelo liberal, a sociedade deixou de ser concebida como uma realidade auto-suficiente e passou a ser vista como elemento a ser estruturado e regulamentado pelo Estado, que visando alcançar a justiça social e o progresso econômico, demonstrava empenho, consciente e deliberadamente, no processo produtivo, na redistribuição do produto social e no planejamento econômico⁵⁰⁵.

A justiça social e o empenho pela igualdade material, e não mais apenas pela igualdade perante a lei, passaram a integrar os fins essenciais do Estado, que se afirmou como Estado social⁵⁰⁶.

Se por um lado, seja por meio de uma política econômica intervencionista ou de prestação bens e serviços básicos da sociedade, objetivava-se a regulamentação da vida social, por outro, diante da possibilidade de desvio social das decisões políticas, reconhecia-se e incentivava-se o controle do Estado pela sociedade, por meio de ação constante e institucionalizada dos partidos, grupos de interesse e organizações sociais⁵⁰⁷.

A expressão Estado social sintetiza o duplo aspecto de “estadualização da sociedade” e da “recíproca socialização do Estado”, o que permite distinguir, de algum modo, o Estado social das denominações dirigidas a determinados aspectos (*Estado assistencial, Estado-providência, Estado de Bem-Estar, Estado de Partidos, Estado Administrativo*)⁵⁰⁸.

⁵⁰³ Idem, ibidem.

⁵⁰⁴ Idem, ibidem.

⁵⁰⁵ Idem, p. 30-31.

⁵⁰⁶ Idem, p. 31.

⁵⁰⁷ Idem, ibidem.

⁵⁰⁸ Idem, ibidem.

Contudo, observa-se que as transformações na forma de concepção das relações entre Estado e sociedade continuam a se interagir e a prosseguir no mesmo ideal de limitação jurídica do Estado, que também assinalava o Estado de Direito liberal. Logo, o Estado, apesar de ter assumido novas finalidades e desenvolvido uma intervenção social e econômica diversa da ocorrida no Estado liberal do século XIX, continua a respeitar a vinculação jurídica, bem como os direitos e liberdades individuais, que são pressupostos de qualquer Estado de Direito⁵⁰⁹.

Nesse sentido, o Estado social e democrático de Direito do século XX, além de dar continuidade ao legado fundamental do Estado de Direito liberal, se adapta aos novos valores de forma a alterar substancialmente seus elementos, tanto no que se relaciona às percepções dos direitos fundamentais quanto às compreensões da divisão de poderes⁵¹⁰.

Assim, serão apreciadas, inicialmente, as alterações ocorridas no cenário dos direitos fundamentais e da separação dos poderes para, em seguida, realizar-se nova abordagem sobre o aprimoramento da dimensão pluralista e democrática.

O raciocínio prosseguirá mediante a compreensão dos direitos sociais no ordenamento jurídico nacional, possibilitando a melhor análise da proposta de extensão aplicação da concepção dos trunfos aos direitos sociais dos presidiários declarados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347.

1.1. Transformações na área dos Direitos Fundamentais

Considerando que valores e princípios, independentemente da época e das novas circunstâncias históricas, permitem identificar um *Estado de Direito*, observa-se que a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos continua a ser entendida como o fim essencial do Estado social e democrático de Direito, exigindo uma apropriada estrutura jurídica do Estado e, conseqüentemente, a continuidade da essência das técnicas jurídicas relacionadas ao surgimento do Estado de Direito: “a divisão de poderes, o princípio da legalidade da administração e a tutela jurisdicional dos direitos dos particulares”⁵¹¹.

Entretanto, a nova estrutura de um Estado – que visa, além da permanência da segurança jurídica, a promoção das condições materiais do livre desenvolvimento individual

⁵⁰⁹ Idem, ibidem.

⁵¹⁰ Idem, p. 31-32.

⁵¹¹ Idem, p. 32.

da personalidade e de uma existência digna – promove mudanças significativas na concepção dos direitos fundamentais, bem como nas técnicas jurídicas associadas à respectiva proteção⁵¹².

Observa-se que as inovações que surgiram no Estado social e democrático de Direito, especificamente quanto aos direitos e liberdades fundamentais, orientam-se por determinadas diretrizes⁵¹³.

A primeira orientação diz respeito ao “processo de fundamentalização” dos direitos sociais, que incluem os direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, os direitos positivos de cunho social (prerrogativas que se manifestam na exigência de prestações positivas materiais, a serem satisfeitas pelo Estado, em favor dos indivíduos) são agora considerados fundamentais ao lado dos direitos e liberdades clássicos⁵¹⁴.

Diferentemente das liberdades negativas clássicas, que melhor se desempenhavam com a mínima intervenção estatal, os novos direitos sociais demandam, não uma abstenção do Estado, mas, antes, uma intervenção positiva estatal dirigida a atribuir-lhes realidade existencial⁵¹⁵.

A segunda indicação está relacionada a uma reinterpretação dos próprios direitos, liberdades e garantias tradicionais do Estado liberal, cujo exercício passa a ser condicionado por uma nova concepção de integração comunitária e vinculação social, apesar de serem admitidas restrições no conteúdo dos direitos clássicos, com o objetivo de garantir igualdade material (e não mera igualdade jurídico-formal) e respeito aos direitos de todos⁵¹⁶.

Portanto, o Estado, além de afirmar a existência das liberdades negativas, deve possibilitar a todos seu exercício efetivo e igualitário, a fim de que sejam evitados eventuais abusos e regulados os prováveis conflitos de direitos e colisões entre direitos fundamentais e outros bens igualmente dignos de proteção jurídica⁵¹⁷.

Nota-se que essa vinculação social dos direitos afeta especialmente o domínio do direito de propriedade que, conforme as novas exigências sociais, perde o seu anterior caráter de direito absoluto e cede à concepção de dignidade da pessoa humana dirigida a todos, independentemente do grau de riqueza ou da posição social⁵¹⁸.

⁵¹² Idem, ibidem.

⁵¹³ Idem, ibidem.

⁵¹⁴ Idem, p. 32-33.

⁵¹⁵ Idem, p. 33.

⁵¹⁶ Idem, ibidem.

⁵¹⁷ Idem, ibidem.

⁵¹⁸ Idem, ibidem.

Em consequência dessa desvalorização do direito de propriedade, surge a terceira referência no sentido de generalização da outorga dos direitos políticos (nomeadamente o direito de voto) e de consolidação das regras democráticas como condição imprescindível à existência do Estado de Direito⁵¹⁹.

Já a quarta proposta revela-se diante do surgimento dos novos tipos de direitos concernentes à corresponsabilidade social e às exigências de solidariedade universal, como são os direitos de determinadas categorias sociais (direitos das crianças, das mulheres, de minorias sociais, étnicas, sexuais etc.)⁵²⁰.

Por fim, a quinta referência revela-se por meio da constatação de que, atualmente, os direitos fundamentais não são concebidos apenas como direitos de defesa, mas também como valores que se impõem a toda a sociedade. Nota-se que esses direitos, sem tolher a autonomia individual, também incidem nas relações jurídicas privadas, adquirindo relevância jurídica face aos poderes particulares⁵²¹.

1.2. Mudanças no campo da Separação de Poderes

No mesmo sentido, o princípio da separação de poderes sofreu as transformações decorrentes da evolução para um novo tipo histórico de Estado, apesar de ter conservado as características e os fins essenciais presentes no Estado liberal⁵²².

Observa-se que a anterior postura de rígida divisão das funções legislativa, executiva e judicial foi superada, se é que, de fato, existiu essa separação inflexível⁵²³.

O entendimento contemporâneo da repartição de poderes revela, essencialmente, “um processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado”⁵²⁴, que proporciona a limitação da possibilidade de exercício arbitrário e a maior eficiência da atuação estatal, com a devida observância aos direitos e liberdades fundamentais⁵²⁵.

A ampliação das atividades do Estado contemporâneo estabeleceu nova interpretação sobre a teoria da separação de poderes, bem como novos modos de relacionamento entre os

⁵¹⁹ Idem, ibidem.

⁵²⁰ Idem, p. 33-34.

⁵²¹ Idem, p. 34.

⁵²² Idem, ibidem.

⁵²³ Idem, ibidem.

⁵²⁴ Idem, ibidem.

⁵²⁵ Idem, ibidem.

órgãos do Legislativo e Executivo e destes com o Judiciário, “tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica* e *harmonia dos poderes*”⁵²⁶, conforme explica o Professor Doutor José Afonso da Silva.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 manteve a expressão “independentes e harmônicos entre si”, específica da separação de poderes no presidencialismo⁵²⁷.

A *independência dos poderes* exprime que: a investidura e a permanência nos cargos dos órgãos do governo independem da confiança e vontade dos outros poderes; o titular, no exercício de suas atribuições próprias, não precisa efetuar consulta, nem carece de autorização; há liberdade na organização dos respectivos serviços, observadas as disposições constitucionais e legais⁵²⁸.

Nesse sentido, assim como é garantido constitucionalmente ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, além de exonerar ou demitir seus ocupantes⁵²⁹, também cabe ao Congresso Nacional⁵³⁰ e aos Tribunais⁵³¹ prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus titulares.

⁵²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 111.

⁵²⁷ Ver transcrição do artigo 2º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 142.

⁵²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 112.

⁵²⁹ **Caput e alínea a, inciso II, §1º, art. 61, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;”

Incisos I, II, VI e XXV, art. 84, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“Compete privativamente ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

VI - dispor, mediante decreto, sobre: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; [\(Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 18 abril 2017.

⁵³⁰ **Incisos X e XI, art. 48, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001\)](#)

Compete tanto às Câmaras do Congresso⁵³² e aos Tribunais⁵³³ elaborar os respectivos regimentos internos – nos quais são consolidadas as regras de funcionamento, organização, direção e polícia – como pertence ao Chefe do Executivo⁵³⁴ a organização da Administração pública e a elaboração de seu regimento e regulamentos.

A *harmonia entre os poderes* pode ser constatada pelas normas recíprocas de tratamento cortês e de respeito mútuo às prerrogativas. Contudo, observa-se que nem a repartição de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há ingerências que objetivam a afirmação de um sistema de freios e contrapesos e buscam o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade, demonstrando-se indispensáveis na coibição do arbítrio e do abuso em detrimento de outro poder ou, nomeadamente, dos governados⁵³⁵.

Quanto à mencionada superação da anterior rigidez do princípio da separação de poderes, destaca-se, inicialmente, uma progressiva ruptura das divisas existentes entre os Poderes Legislativo e Executivo. Assim como nota-se uma ingerência do Legislativo na área

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#));”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 18 abril 2017.

⁵³¹ Ver transcrição do artigo 96, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 151, especialmente quanto às alíneas *c, d, e* do inciso I; alínea *b* do inciso II.

⁵³² **Incisos III e IV, art. 51, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

III - elaborar seu regimento interno;

IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))”

Incisos XI e XIII, art. 52, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“Compete privativamente ao Senado Federal:

XII - elaborar seu regimento interno;

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 18 abril 2017.

⁵³³ Ver transcrição do artigo 96, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 151, especialmente quanto às alíneas *a, b* do inciso I.

⁵³⁴ **Incisos V e VI (alínea *a*), art. 84, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“Compete privativamente ao Presidente da República:

V - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

VI – dispor, mediante decreto, sobre: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#))

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; ([Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#))”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 18 abril 2017.

⁵³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 112.

tradicionalmente reservada ao Executivo, observa-se um aumento relevante da atividade legislativa do Executivo⁵³⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, enquanto o Presidente da República possui o poder de vetar projetos de iniciativa do Legislativo, o Congresso pode, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, rejeitar o veto e promulgar a lei por intermédio do Presidente do Senado, se o Presidente da República não o fizer no prazo fixado constitucionalmente⁵³⁷.

Também, como o Presidente da República não pode intervir nos trabalhos legislativos para a rápida aprovação de seus projetos, é-lhe facultado marcar prazo para sua apreciação⁵³⁸.

Ainda, apesar de competir ao Poder Legislativo a edição de normas gerais e impessoais, há relevante participação do Executivo, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção ou pelo veto. Contudo, a iniciativa legislativa do Executivo também é compensada

⁵³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes...**, ob. cit., p. 34.

⁵³⁷ **Art. 66, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013](#))

§ 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#))

§ 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 18 abril 2017.

⁵³⁸ **Art. 64, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

§ 1º O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#))

§ 3º A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior.

§ 4º Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 18 abril 2017.

pelo Congresso, que pode modificar o projeto por meio de emendas ou até mesmo rejeitá-lo⁵³⁹.

Esses são alguns exemplos do mecanismo de freios e contrapesos que caracteriza a harmonia entre os poderes. Demonstra-se, assim, que as funções realizadas, especialmente pelo Legislativo e Executivo, mas também pelo Judiciário, somente se desenvolvem a contento, com a presença de subordinação mútua ao princípio da harmonia, que, por sua vez, não revela o domínio de um pelo outro, nem a apoderação de atribuições, mas demonstra a consciente colaboração e o controle recíproco entre os poderes que evita distorções e abusos⁵⁴⁰.

Contudo, apesar da previsão constitucional de independência e harmonia dos poderes assinalada pela técnica de freios e contrapesos, apresenta-se uma crítica ao modo que a figura da medida provisória tem sido utilizado pelo Poder Executivo, representado, no Brasil, pelo Presidente da República.

A medida provisória, uma das espécies normativas⁵⁴¹ constantes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵⁴², é regulada pelo artigo 62 da Carta, cujo *caput* dispõe que: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”⁵⁴³.

Esse instituto substituiu o antigo decreto-lei previsto na Carta de 1967, que foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro sob forte influência do *decreti-legge* da

⁵³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 112.

⁵⁴⁰ Idem, p. 113.

⁵⁴¹ Sobre a inclusão da figura da medida provisória no rol do processo legislativo, destaca-se o posicionamento do Professor Doutor José Afonso da Silva: “As medidas provisórias não constavam da enumeração do art. 59, como objeto do processo legislativo, e não tinham mesmo que constar, porque sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não as trazia nessa enumeração. Um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante, e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto final (portanto depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 5.10.88.” SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 528-529.

⁵⁴² **Art. 59, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 13 abril 2017.

⁵⁴³ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 13 abril 2017.

Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, cujo artigo 77 permite a sua adoção em casos extraordinários, de necessidade e urgência⁵⁴⁴.

Entretanto, o modelo italiano é diverso do brasileiro. Na Itália, o sistema de governo é o parlamentar e o “Governo” (Gabinete por intermédio do Primeiro-Ministro) adota o provimento provisório, com força de lei, sob sua responsabilidade política⁵⁴⁵.

Sobre as diferenças entre a medida provisória na Itália e no Brasil, o Professor Doutor Michel Temer observa que, no sistema italiano, se o provimento provisório não for aprovado pelo Parlamento, “o Gabinete (Governo) cai”. Já no ordenamento brasileiro, não há previsão constitucional de responsabilidade política do Presidente da República no caso de não aprovação da medida provisória. Ainda observa que, nos casos de não aprovação, enquanto a Constituição italiana faculta ao Parlamento a regulamentação das relações jurídicas decorrentes, a Carta brasileira obriga a normatização pelo Congresso Nacional⁵⁴⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro, a medida provisória é adotada por ato monocrático do Presidente da República, sem a participação do Legislativo, apenas chamado a discuti-la em momento posterior, quando já reconhecida pelo Executivo, com força de lei e produzindo os seus efeitos jurídicos⁵⁴⁷.

Após ser editada, entrará em vigor e, se não for convertida em lei no prazo de sessenta dias (prorrogável uma vez por igual período) pelo Congresso Nacional, perderá sua eficácia⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ Art. 77, Constituição da República Italiana de 1947:

“O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emanar decretos que tenham valores de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários, de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias com força de lei, deve no próprio dia apresentá-los para a conversão às Câmaras que mesmo se dissolvidas foram propositadamente convocadas e devem reunir-se no prazo de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias desde a sua publicação. As Câmaras podem todavia regular com a lei as relações jurídicas que surgem na base dos decretos não convertidos.” (tradução realizada pela Província de Milão)

Disponível

em

<

[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf) > Acesso em 14 abril 2017.

⁵⁴⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 721.

⁵⁴⁶ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153-154.

⁵⁴⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**... ob. cit., p. 721.

⁵⁴⁸ **Caput e §3º, art. 62, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#))

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001](#))”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 13 abril 2017.

Uma vez publicada a medida provisória e, tendo ela força de lei, as demais normas que com ela sejam incompatíveis terão a sua eficácia suspensa. Contudo, se for rejeitada posteriormente pelo Legislativo, a lei que teve a sua eficácia suspensa (não houve revogação) volta a produzir efeitos. Por outro lado, acaso aprovada e convertida em lei, a nova lei (fruto da conversão) revogará a lei anterior se com ela incompatível ou se tratar inteiramente de matéria de que tratava a lei anterior⁵⁴⁹.

O Constituinte de 1988 estabeleceu a medida provisória com o intuito de corrigir as distorções ocorridas no regime militar, que abusava da sua função atípica de legislar por meio do decreto-lei⁵⁵⁰.

Contudo, nos termos utilizados pelo Professor Doutor Pedro Lenza⁵⁵¹:

a experiência brasileira mostrou, porém, a triste alteração do verdadeiro sentido de utilização das medidas provisórias, trazendo insegurança jurídica, verdadeira “ditadura do executivo”, governando por inescrupulosas “penadas”, em situações muitas das vezes pouco urgentes e nada relevantes.

O abuso desse instrumento normativo pode ser constatado diante das 6.130 medidas provisórias⁵⁵² editadas no período entre 05 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição Federal de 1988) e 20 de setembro de 2001⁵⁵³ (período subsequente à Emenda Constitucional n. 32).

Assim, conforme explica o Professor Doutor Pedro Lenza, até o advento da EC n. 32/2001, verifica-se a completa desvirtuação desse instituto, tendo sido admitida, com o consentimento do Supremo Tribunal Federal e do próprio Congresso Nacional, a reedição das medidas provisórias, com a manutenção dos efeitos de lei a partir da primeira edição, desde que não houvesse expressa rejeição pelo Congresso Nacional dentro do seu antigo prazo de eficácia de 30 dias⁵⁵⁴.

Observa-se que a Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001⁵⁵⁵ (publicada em 12.09.2001, após seis anos de tramitação no Congresso Nacional⁵⁵⁶) é

⁵⁴⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**... ob. cit., p. 729.

⁵⁵⁰ Idem, p. 721.

⁵⁵¹ Idem, p. 721-722.

⁵⁵² Conforme lembra o Professor Doutor Pedro Lenza, “por exemplo, a MP n. 2096/89, dispondo sobre os títulos da dívida pública, de responsabilidade do Tesouro Nacional, convertida na Lei n. 10.179, de 06.02.2001, tendo por MP originária a de n. 470, de 11.04.1994, que tramitou por longos 2.493 dias.” LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**... ob. cit., p. 722.

⁵⁵³ Idem, ibidem.

⁵⁵⁴ Idem, ibidem.

⁵⁵⁵ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm > Acesso em 14 abril 2017.

⁵⁵⁶ O Professor Doutor Pedro Lenza esclarece: “Após a sua tramitação por mais de seis longos anos, em 05.09.2001, foi votada e aprovada, em segundo turno, a PEC n. 1-B, de 1995 (n. 472/97, na Câmara dos

resultado da indignação da comunidade jurídica contra a utilização indiscriminada das medidas provisórias pelo Poder Executivo e teve como finalidade conter a descomedida discricionariedade na edição de medidas provisórias, por meio do estabelecimento de limitações materiais e de restrição de reedições sucessivas, a fim dar efetividade ao caráter provisório da medida provisória, diferentemente do que ocorria anteriormente à emenda.

Contudo, ainda hoje verifica-se o elevado número de medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo.

Em menos de um ano à frente do Executivo, o Presidente Michel Temer tem recorrido à edição de medidas provisórias para avançar em questões de interesse do governo. Ao contrário dos demais projetos analisados no Congresso Nacional, o que está previsto em Medida Provisória possui efeito de lei e se aplica de forma imediata⁵⁵⁷.

Desde 12 de maio de 2016, quando assumiu o cargo como interino, até a data de hoje, 20 de abril de 2017, o atual Presidente da República já encaminhou para análise dos parlamentares 50 (cinquenta) medidas provisórias, conforme dados do *Portal da Legislação*, do sítio da Presidência da República⁵⁵⁸.

A utilização excessiva das medidas provisórias já foi alvo de críticas do próprio Presidente da República Michel Temer quando presidia a Câmara dos Deputados durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002)⁵⁵⁹.

No fim do ano de 1997, o então Deputado Federal Michel Temer, entendendo se tratar de “abuso de autoridade o Executivo” a quantidade de medidas encaminhadas para discussão de deputados e senadores, noticiou à imprensa que havia pedido ao Presidente Fernando Henrique a inclusão de um projeto para regulamentação das medidas provisórias nas sessões extraordinárias do Congresso^{560 561}.

Deputados), com parecer favorável, sob n. 729/01, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal (DSF de 09.08.2001, fls. 15939-40), tendo sido promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em 11.09.2001, a EC n. 32/2001, trazendo limites à edição das medidas provisórias e entrando em vigor na data de sua publicação – 12.09.2001.” LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**... ob. cit., p. 722.

⁵⁵⁷ Cfr. Estadão Jornal Digital. **Em 7 meses de governo, Temer editou mais MPs que Lula e Dilma.** Disponível em < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-7-meses-de-governo-temer-editou-mais-mps-que-lula-e-dilma,10000099850> > Acesso em 20 abril 2017.

⁵⁵⁸ Cfr. Palácio do Planalto, Presidência da República. **Portal da Legislação.** Disponível em < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias/medidas-provisorias-2015-a-2018> > Acesso em 20 abril 2017.

⁵⁵⁹ Cfr. Estadão Jornal Digital. **Em 7 meses de governo, Temer editou mais MPs que Lula e Dilma.** Disponível em < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-7-meses-de-governo-temer-editou-mais-mps-que-lula-e-dilma,10000099850> > Acesso em 20 abril 2017.

⁵⁶⁰ Idem, ibidem.

⁵⁶¹ O Jornal Estadão realizou a seguinte comparação entre a quantidade de medidas provisórias editadas, desde a redemocratização, pelos últimos Presidentes da República:

“Fernando Henrique Cardoso - Ex-presidente editou, nos primeiros sete meses de governo, 241 medidas provisórias.

Entende-se que o instituto da medida provisória é uma inovação necessária na ordem jurídica e está em perfeita consonância com o Estado de Direito democrático, uma vez que visa atender às demandas, relevantes e urgentes, nomeadamente no Brasil, cujo Poder Legislativo é notoriamente caracterizado pela morosidade.

Contudo, apesar das limitações trazidas pela EC n. 32/2001, ainda é notório o mau uso desse nobre instituto. Não raramente a mídia e a sociedade denunciam e repudiam o excesso de medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo, representado pelo Presidente da República.

Dando prosseguimento à análise inicial da progressiva ruptura das divisas existentes entre os Poderes Legislativo e Executivo, destaca-se, em segundo lugar, a reafirmação da separação, independência e importância do Judiciário no conjunto dos poderes do Estado⁵⁶².

A autorização constitucional para dispor sobre a própria estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária, é um exemplo concreto do reforço da autonomia do Poder Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro⁵⁶³.

Fernando Collor - Editou, no mesmo período, 97 medidas provisórias.

Michel Temer - Atual presidente editou, até agora, 41 medidas provisórias.

Lula - Petista editou, em seus primeiros sete meses de mandato, 20 medidas provisórias.

Dilma Rousseff - A petista editou 16 medidas provisórias no mesmo período.

Itamar Franco - Ex-presidente editou 15 medidas provisórias nos sete primeiros meses de governo.”

Cfr. Estadão Jornal Digital. **Em 7 meses de governo, Temer editou mais MPs que Lula e Dilma.** Disponível em < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral/em-7-meses-de-governo-temer-editou-mais-mps-que-lula-e-dilma,10000099850> > Acesso em 20 abril 2017.

⁵⁶² NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes...**, ob. cit., p. 35.

⁵⁶³ Ver transcrição do artigo 96, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 151, especialmente quanto à alínea *a* do inciso I.

Art. 99, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete:

I - no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais;

II - no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

§ 3º Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 5º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 18 abril 2017.

Ressalta-se, também, que, diante da reavaliação das relações entre política e jurisdição, foi atribuído ao Poder Judiciário o controle da conformidade constitucional dos atos legislativos e de alguns atos políticos⁵⁶⁴.

Anteriormente, caso os direitos e interesses dos particulares sofressem lesão em decorrência de violação da lei por parte da Administração, a eventual anulação de atos administrativos ilegais somente seria possível por meio de recurso à justiça administrativa, à época, a única forma existente de controle da legalidade da atuação administrativa. Entretanto, uma vez que entendia-se que a lei equivalia à garantia de direitos, a função legislativa estava imune à qualquer controle⁵⁶⁵.

Com a demonstração da insuficiência da forma exclusiva de controle administrativo da atuação da autoridade pública e a perda da confiança nos supostos bom senso e justiça inerentes à lei, percebeu-se, no Estado social de Direito, a necessidade imperiosa de proteger os direitos fundamentais e as garantias constitucionais das ocasionais violações cometidas pela Administração, bem como das emanadas dos órgãos legislativos e políticos, executadas na forma de lei⁵⁶⁶.

Justifica-se, assim, a consagração do caráter formalmente superior das normas constitucionais em relação às leis ordinárias e, conseqüentemente, a imposição do controle da constitucionalidade das leis realizado por tribunais comuns ou pelos especialmente criados para esse fim – os tribunais constitucionais ou supremos tribunais⁵⁶⁷.

Explica-se, também, o nascimento generalizado da justiça constitucional como reconhecimento das garantias do Estado de Direito e o propósito de institucionalizar os mecanismos garantidores de tutela, plena e efetiva, contra as ofensas aos direitos fundamentais⁵⁶⁸.

Portanto, o mecanismo de freios e contrapesos sobressai-se ao passo que, apesar de não poderem os Tribunais exercerem interferência no Legislativo, possuem o poder de não aplicar a lei, declarando sua inconstitucionalidade⁵⁶⁹.

Ainda, considerando que o Presidente da República também não pode interferir na função jurisdicional, no ordenamento jurídico brasileiro, em compensação, os Ministros dos

⁵⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes...**, ob. cit., p. 35.

⁵⁶⁵ Idem, ibidem.

⁵⁶⁶ Idem, ibidem.

⁵⁶⁷ Idem, ibidem.

⁵⁶⁸ Idem, p. 35-36.

⁵⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 113.

Tribunais Superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal que aprova o nome escolhido⁵⁷⁰.

Por fim, observa-se que também foram desenvolvidos novos mecanismos⁵⁷¹ de limitação efetiva do Poder, que não existiam ou não eram valorizados na vigência do Estado liberal, como o reconhecimento e encorajamento dos direitos das minorias, retratado no julgado em análise, que discute os direitos dos presidiários, grupo minoritário e repudiado pela sociedade.

1.3. O Estado Social e as regras da Democracia Política

O Estado de Direito social encontra legitimidade no aprimoramento da dimensão pluralista e democrática, cujas regras são inerentes à sua própria natureza⁵⁷².

A evolução do processo de socialização do Estado implica controle do Poder pela sociedade, contemplando tanto o reconhecimento da intervenção legítima de interessados e organizações sociais nas decisões políticas, como a vinculação das instituições às decisões democráticas da sociedade⁵⁷³.

O ambiente democrático também é exigência do contemporâneo Estado de Direito, que somente consegue realizar e proteger plenamente os direitos fundamentais, resultantes da atual concepção da dignidade da pessoa humana, com o reconhecimento integral dos direitos de participação política. Num regime não democrático, autoritário e com tendência a desvalorizar a autonomia indivíduo, é inviável a adoção do Estado de Direito social⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ **Alínea a, inciso III, art. 52, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“Compete privativamente ao Senado Federal:

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 18 abril 2017.

⁵⁷¹ “É o caso do reconhecimento e encorajamento do pluralismo, dos direitos da oposição e das minorias, do direito de alternância política, da importância da opinião pública e de uma imprensa livre; é o caso da chamada divisão vertical ou territorial de funções, através da regionalização e descentralização política e administrativa; é a repartição social de funções, com o aprofundamento dos mecanismos de democracia participativa e de integração dos cidadãos e das suas associações na vida política e no próprio exercício das funções estatais; valorizam-se, por último, novos mecanismos de racionalização da democracia representativa e de limitação do Poder, como sejam a limitação temporal de certas funções públicas, a instituição de sistemas de governo mais complexos e a valorização de escolhas institucionais decisivas para a vida políticas, como sejam as do sistema eleitoral e sistema de partidos.” NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes...**, ob. cit., p. 36.

⁵⁷² Idem, ibidem.

⁵⁷³ Idem, ibidem.

⁵⁷⁴ Idem, p. 36-37.

Assim, nas palavras do Douto Constitucionalista Jorge Reis Novais, “se o Estado de Direito tem sido, por exigência da verificada assunção do princípio da socialidade, Estado social de Direito, o Estado social de Direito é, por inerência da própria natureza e dos valores que prossegue, Estado democrático de Direito.”⁵⁷⁵

Não obstante, a propensão à indissociabilidade entre Estado de Direito e democracia não afeta a imperativa dimensão de defesa da autonomia individual face ao Poder (público e privado), que se traduz na essência do Estado de Direito. Ainda que a intervenção estatal seja possua respaldo da maioria democrática, o princípio do Estado de Direito não perde a sua força, pois, mesmo legitimada democraticamente, essa decisão pode gerar violação às garantias individuais⁵⁷⁶.

Conforme elucida o Professor Doutor Jorge Reis Novais, “o atual Estado de Direito é, por definição, social e democrático, pelo que, em rigor, seria desnecessária, por pleonástica, a referida adjetivação.”⁵⁷⁷

Entretanto, a conveniência dessa qualificação é revelada diante da elucidação da moderna concepção do ideal de limitação jurídica do Estado, que visa a garantia dos direitos fundamentais das pessoas. Propõe-se a convergência de três elementos – “a segurança jurídica que resulta da proteção dos direitos fundamentais, a obrigação social de modelação da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática”⁵⁷⁸ – no mesmo princípio estruturante da ordem constitucional, observando-se a exigência de preservação da contribuição de cada um, pois uma suposta separação afetaria o sentido do conjunto⁵⁷⁹.

Na linha de pensamento do Douto Constitucionalista português, entende-se que, em Estado social e democrático de Direito, ainda que haja exigência de intervenção estatal na esfera social ou atuação legítima do Estado no sentido de promoção da autonomia individual, é primordial a salvaguarda do cerne do ideal do conceito de Estado de Direito, ou seja, a proteção substancial da autonomia individual face ao Poder (público ou privado). Mesmo que a intervenção estatal decorra de decisão democrática da sociedade, permanecem imprescindíveis as garantias próprias do Estado de Direito⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ Idem, p. 37.

⁵⁷⁶ Idem, ibidem.

⁵⁷⁷ Idem, ibidem.

⁵⁷⁸ Idem, ibidem.

⁵⁷⁹ Idem, p. 37-38.

⁵⁸⁰ Idem, p. 38.

Nesse sentido, o papel de promover e criar condições objetivas de realização das esferas de autonomia individual justifica a função social do Estado democraticamente constituído⁵⁸¹.

Assim, uma vez que, em Estado social e democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e a autonomia individual são considerados limites originários do poder e valores indisponíveis da ordem comunitária, a vontade popular majoritária manifestada democraticamente não se revela como fonte incondicionada de poder absoluto⁵⁸².

Contudo, há que se atentar para a possibilidade de ocorrer uma hipótese em que num Estado democrático – caracterizado pelo respeito às regras democráticas que compreendem as liberdades públicas, os direitos políticos da minoria e o princípio da alternância – as decisões tomadas pela maioria ocasionem prejuízo às garantias jurídicas dos cidadãos, afetando ilegitimamente o domínio da autonomia privada⁵⁸³.

Uma prática nesse sentido compromete a permanência do próprio regime democrático e revela a necessidade de preservação do princípio e das garantias do Estado de Direito⁵⁸⁴.

Assim, a mera enumeração dos elementos e dimensões, por mais exaustiva que se revele, não substitui a utilização de um critério geral de interpretação, qual seja, a investigação da essência ou do momento determinante do conceito de Estado de Direito⁵⁸⁵.

Depreende-se, portanto, que o Estado social e democrático de Direito está embasado nos *valores que prossegue, na dimensão social da sua atividade e no caráter metapositivo dos vínculos que o limitam*⁵⁸⁶.

Os valores que o Estado social e democrático de Direito prossegue consubstanciam-se na segurança jurídica e em suas técnicas formais, desde que estejam vinculadas aos preceitos da dignidade da pessoa humana, uma vez que a proteção aos direitos fundamentais justifica a limitação do Estado⁵⁸⁷.

Já a intenção material corresponde à essência da dimensão social do Estado de Direito, na medida em que a promoção do desenvolvimento da liberdade e da personalidade

⁵⁸¹ Idem, ibidem.

⁵⁸² Idem, ibidem.

⁵⁸³ Idem, p. 38-39.

⁵⁸⁴ Idem, p. 39.

⁵⁸⁵ Idem, ibidem.

⁵⁸⁶ Idem, ibidem.

⁵⁸⁷ Idem, ibidem.

individual proporciona a concretização da igualdade e da justiça material na sociedade contemporânea⁵⁸⁸.

Por fim, a força vinculante da autonomia individual e dos direitos fundamentais, reconhecida em Estado social e democrático de Direito, independentemente de razões políticas ou ideológicos, afeta a Administração e seus poderes constituídos e constrange o próprio poder constituinte originário, revelando, assim, o poder de autodeterminação democrática da sociedade no Estado de Direito⁵⁸⁹.

Nesses termos, o atual Estado de Direito – síntese das três dimensões da fórmula Estado social e democrático de Direito – manifesta-se, em toda a sua extensão, como Estado de Direito material.

Contudo, observe-se que essa caracterização não é suficiente para legitimar uma dada ordem jurídico-política. Após o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade e dos direitos fundamentais como princípios básicos da convivência social e objetivos da limitação jurídica do Estado, ainda resta a necessidade de determinar as categorias de garantia institucional e o significado da concretização política propostos por esses três valores acolhidos⁵⁹⁰.

Observa-se que é nessa área que sobressai a maior relevância da dimensão democrática do Estado de Direito, uma vez que é inviável, numa sociedade política heterogênea, pluralista, marcada por conflitos sociais e ideológicos (a não ser por meio da afastada hipótese de autoritarismo), a obtenção de uma decisão consensual sobre a definição da forma política mais adequada a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁹¹.

Um acordo mínimo somente por ser alcançado por meio de uma decisão popular democraticamente pronunciada durante seus momentos constituinte (originário e derivado) e constituído, observando-se, contudo, que não há interferência no sentido da decisão, que somente alcança legitimidade externa no propósito de concretizar a justiça material na vida da comunidade⁵⁹².

Nota-se que assim como o Estado de Direito liberal se adequava a diversas, ou até mesmo opostas formas de governo (como a monarquia limitada germânica e os governos representativos francês, britânico e norte-americano), o Estado social e democrático de Direito, com maior razão face à complexidade e à diversidade da atual sociedade e sem

⁵⁸⁸ Idem, *ibidem*.

⁵⁸⁹ Idem, p. 39-40.

⁵⁹⁰ Idem, p. 40.

⁵⁹¹ Idem, *ibidem*.

⁵⁹² Idem, p. 40-41.

desconsiderar sua relevância como princípio estruturante da ordem constitucional, pode ser concebido em diferentes quadros políticos⁵⁹³.

Destaca-se, por fim, que, independentemente da fórmula consagrada constitucionalmente, a caracterização de um Estado como *social e democrático de Direito* não põe fim ao trabalho do intérprete, mas o remete, imperiosamente, à investigação das percepções sociais e da dignidade humana adotadas nesse Estado⁵⁹⁴.

Portanto, o Estado social e democrático de Direito (concepção que manifesta a vinculação estatal com o objetivo de garantir os direitos fundamentais do homem e promover as condições do livre desenvolvimento da personalidade individual), caracterizado pela receptividade que o acompanha desde o seu surgimento e que proporciona constante revitalização do seu conceito ao longo dos seus séculos de existência, pode se adaptar às modificações econômicas e sociais democraticamente decididas, representando, assim, um princípio estruturante da ordem constitucional das atuais sociedades democráticas⁵⁹⁵.

1.4. Deveres do Estado de Direito Social

Nos exatos termos do Douto Constitucionalista Jorge Reis Novais⁵⁹⁶:

Os direitos fundamentais garantem juridicamente o acesso individual a bens que, pela sua importância para a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da personalidade, a autonomia, a liberdade e o bem-estar das pessoas, a Constituição entendeu merecedores de protecção máxima, forte e estável.

A positivação constitucional dos direitos fundamentais, além de revelar a natureza do Estado e o prevalecimento do Direito, estabelece a vinculação jurídica do Estado e de seus poderes constituídos que, normalmente, resulta em prerrogativas para os particulares, cujo cumprimento pode ser exigível judicialmente⁵⁹⁷.

Durante a primeira fase do Estado constitucional, o Estado de Direito liberal, os deveres estatais relacionados aos direitos fundamentais eram compreendidos como deveres de não interferência, ou seja, de abstenção na liberdade individual e no direito de propriedade

⁵⁹³ Idem, p. 41.

⁵⁹⁴ Idem, ibidem.

⁵⁹⁵ Idem, p. 41-42.

⁵⁹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais...**, ob. cit., p. 255.

⁵⁹⁷ Idem, ibidem.

(especialmente no dever de proteção da propriedade individual contra ameaças de outros particulares)⁵⁹⁸.

Uma vez que eram praticamente inexistentes os objetivos de promoção, bastava que o Estado garantisse o direito de propriedade, que, por sua vez, proporcionava o acesso individual aos bens – à época, alcançados pelo homem burguês por seus próprios meios; atualmente, assegurados pelos direitos sociais (*bem-estar, habitação, saúde, educação, segurança social*)⁵⁹⁹.

Entretanto, com a sucessão do Estado liberal pelo Estado social e democrático de Direito, modificou-se a concepção constitucional e o rol dos direitos fundamentais foi ampliado (em decorrência das Constituições de Estado social que surgiram a partir da I Guerra Mundial), passando a incluir direitos sociais⁶⁰⁰.

Nesse sentido, constatou-se a deficiência do anterior Estado social, que assegurava os direitos de liberdade e de propriedade aos poucos cidadãos que dispunham de recursos capazes de proporcionar uma existência digna. O novo Estado social objetiva garantir condições mínimas de existência (e, conseqüentemente, a fruição da liberdade) a todos os jurisdicionados que são incapazes de alcançá-las por meio de seus próprios recursos⁶⁰¹.

A inclusão dos direitos sociais nas Constituições revela o surgimento do novo tipo histórico de Estado e uma transformação universal na concepção dos deveres estatais no âmbito dos direitos fundamentais⁶⁰².

Diante do novo entendimento sobre a dignidade humana que orientou a inclusão dos direitos sociais nas Constituições, o comprometimento com a efetividade institucional e com a participação igualitária passou a integrar as concepções gerais de direitos fundamentais, revelando profunda renovação do próprio elenco dos direitos de liberdade (com a desvalorização relativa do direito de propriedade) e significativas modificações nos deveres constitucionais de proteção atribuídos ao Estado⁶⁰³.

Essas inovações, além de provocarem a transformação dos tradicionais deveres de respeito e proteção, desenvolveram um novo dever geral de promoção dos direitos fundamentais em coerência com o papel intervencionista do Estado social de Direito⁶⁰⁴.

⁵⁹⁸ Idem, p. 255-256.

⁵⁹⁹ Idem, p. 256.

⁶⁰⁰ Idem, ibidem.

⁶⁰¹ Idem, ibidem.

⁶⁰² Idem, p. 257.

⁶⁰³ Idem, ibidem.

⁶⁰⁴ Idem, ibidem.

1.4.1. Respeito aos Direitos Fundamentais

O dever estatal de respeito aos direitos fundamentais continua a revelar uma obrigação de abstenção, ou seja, de não intervenção do Estado nos domínios de autonomia, liberdade e bem-estar dos particulares⁶⁰⁵.

Contudo, sem considerar a presença das obrigações de prestações positivas nos deveres de proteção e promoção e, seja por meio de interpretação constitucional ou por consagração expressa, surgem novos direitos fundamentais (*direitos à organização e procedimento, garantias institucionais, direitos/competências dos particulares, direitos de participação política, de autodeterminação informacional*), cuja complexidade exige alguma atuação positiva adicional. São direitos que somente se concretizam quando o Estado também desenvolve uma atuação positiva, por meio da criação de leis ou instituições que possibilitem o seu exercício efetivo⁶⁰⁶.

Observa-se que essa particularidade do dever estatal de respeito exprime a manutenção da obrigação de abstenção do Estado associada às determinações de atuação positiva, originando ao particular direitos negativos e positivos, ambos norteados pelo respeito ao direito fundamental. Assim, caso ocorra impedimento jurídico ou fático ao exercício de um direito fundamental, o dever de respeito, além de exigir do Estado um dever de abstenção, determina, também, uma atuação positiva para remover o impedimento⁶⁰⁷.

Ressalta-se que o dever estatal de respeito, inclusive em seu aspecto principal de abstenção, aplica-se a qualquer direito fundamental, abrangendo tanto os tradicionais direitos de liberdade, como os direitos sociais que integram o elenco constitucional dos direitos fundamentais⁶⁰⁸.

Portanto, também quanto aos direitos sociais, o Estado está obrigado a respeitar e a não comprometer negativamente o acesso individual aos bens protegidos, abstando-se de interferir nas possibilidades de acesso que o particular, por si próprio ou por meio das instituições a que pertence, alcançou ou poderia alcançar acaso não existissem impedimentos jurídicos relativamente aos quais o Estado passa a ter obrigação positiva de os remover⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ Idem, ibidem.

⁶⁰⁶ Idem, p. 257-258.

⁶⁰⁷ Idem, p. 258.

⁶⁰⁸ Idem, p. 258-259.

⁶⁰⁹ Idem, p. 259.

1.4.2. Proteção dos Direitos Fundamentais

O dever estatal de proteção não se restringe ao resguardo da propriedade privada e da liberdade negativa individual, mas abrange todos os direitos fundamentais (*sejam de liberdade ou sociais, individuais ou coletivos, de defesa ou de prestação*), uma vez que, detendo o monopólio do uso da força coercitiva legítima, o Estado recebe a incumbência de proteger a vida, a segurança, o bem-estar, a liberdade e a propriedade dos particulares⁶¹⁰.

Observa-se que, em Estado social, o dever de proteção também não se limita à defesa das ameaças ou agressões de outros particulares, de entidades públicas ou privadas, nacionais ou externas, mas compreende, na denominada sociedade de risco, a assistência contra *eventualidades naturais, catástrofes, riscos tecnológicos, atividades perigosas ou de consequências desconhecidas* que afetem o acesso individual aos bens resguardados constitucionalmente⁶¹¹.

Numa concepção mais protetora e, sobretudo, questionável, o dever de proteção incluiria, conquanto que excepcionalmente, a proteção contra si mesmo. Considerando que o Estado visa a garantia de acesso futuro aos bens fundamentais protegidos, haveria obrigação de proteger o indivíduo das suas próprias decisões assumidas livre e conscientemente⁶¹².

Os deveres estatais de proteção realizam-se, essencialmente, por meio de atuações positivas dirigidas à salvaguarda efetiva dos bens protegidos constitucionalmente. Contudo, uma vez alcançado certo grau de proteção, esses deveres ficam naturalmente sujeitos a potenciais variações, vantajosa ou desvantajosamente, a depender da perspectiva do acesso individual⁶¹³.

A existência de um certo nível de amparo provoca o desejo ou o direito de não haver afetação na proteção realizada. Igualmente, na perspectiva objetiva da ordem jurídica global, o bem já resguardado revela intenção de avanço e não de diminuição da assistência já alcançado⁶¹⁴.

Conclui-se, assim, que o dever de proteção, apesar de se concretizar essencialmente por meio de atuações positivas, compreende também deveres de abstenção (de não afetação

⁶¹⁰ Idem, ibidem.

⁶¹¹ Idem, ibidem.

⁶¹² Idem, p. 260.

⁶¹³ Idem, ibidem.

⁶¹⁴ Idem, ibidem.

negativa), projetando-se, portanto, na perspectiva dos particulares, em direitos positivos e negativos⁶¹⁵.

Tal qual no dever de respeito, essa duplicidade abrange os direitos de liberdade e os sociais. Assim como há deveres estatais de proteção da vida e da integridade física, existem deveres de proteção da saúde ou da habitação, que tanto se expressam num dever de atuação estatal positiva, como num dever de abstenção. Uma eventual diminuição da pena do homicídio possibilitaria a invocação da garantia fundamental do direito à vida, tal qual uma omissão da proteção da saúde pública o faria na perspectiva da garantia do direito à saúde⁶¹⁶. Igualmente, no caso concreto em análise, as condições degradantes do sistema prisional brasileiro podem evocar o direito de não sofrer tratamento indigno quando sob custódia do Estado.

Por fim, uma vez que o dever de proteção se realiza por meio de prestações normativas (garantias de proteção e produção de leis e de pressupostos normativos de instituições) e fáticas, não raramente implica custos financeiros significativos⁶¹⁷, assim como retratado pelo julgado em análise, que, diante dos custos financeiros demandados pelo atendimento dos direitos sociais, discutiu a escassez de recursos do orçamento público e a cláusula da *reserva do possível*.

1.4.3. Promoção dos Direitos Fundamentais

A maior modificação implícita no estabelecimento do Estado social de Direito foi a adição do dever estatal de promoção aos tradicionais deveres de respeito e proteção do acesso individual aos bens protegidos constitucionalmente, o que revela uma obrigação jurídica estatal de auxílio aos particulares a acederem a tais benefícios⁶¹⁸.

O Estado abandona seu papel neutro de apenas respeitar e garantir o livre encontro de autonomias individuais e assume a função social, caracterizada pelo empenho ativo na realização da igualdade e liberdade⁶¹⁹.

Além de respeitar e proteger o acesso individual aos bens fundamentais resguardados constitucionalmente das ameaças e intervenções do aparelho estadual, de outros particulares,

⁶¹⁵ Idem, ibidem.

⁶¹⁶ Idem, p. 260-261.

⁶¹⁷ Idem, p. 261.

⁶¹⁸ Idem, ibidem.

⁶¹⁹ Idem, ibidem.

dos riscos naturais e, nomeadamente, dos poderes sociais fáticos, o Estado agora deve promover esse acesso, auxiliando, sobretudo, aqueles não dispõem de meios próprios para aceder igualitária e efetivamente a tais benefícios⁶²⁰.

O dever de promoção geralmente é observado no campo da garantia dos direitos sociais, já que a escassez e o custo dos bens por eles garantidos (saúde, educação, habitação, trabalho, entre outros) inibem o acesso à grande parte da população⁶²¹.

Contudo, uma vez que o Estado social se preocupa com a efetividade e a igualdade real do acesso aos bens protegidos, e não apenas com a mera garantia jurídico-formal, o dever de promoção aplica-se a todos os direitos fundamentais⁶²².

Observa-se que a ajuda fornecida pelo Estado àqueles que não conseguem, por seus próprios meios, aceder aos bens resguardados constitucionalmente é igualmente aplicável aos direitos de liberdade, o que demonstra uma relevante contribuição para a efetividade dos direitos. Ainda, tal qual nos direitos sociais, esse auxílio estatal pode apresentar custos financeiros diretos ou indiretos⁶²³.

O dever de promoção se concretiza por meio de atuações positivas e abstenções do Estado, resultando, portanto, na perspectiva dos particulares, em direitos positivos e negativos à promoção estatal de acesso aos bens protegidos constitucionalmente⁶²⁴.

Tomando-se como exemplo o direito à segurança ou assistência social, nota-se a presença concomitante de um direito positivo à criação e atribuição de prestações⁶²⁵, de um direito simultaneamente positivo e negativo à manutenção do pagamento das respectivas contribuições⁶²⁶, bem como de um direito negativo a que o Estado não afete as prestações já criadas ou atribuídas. Portanto, a dependência da realização dos direitos sociais à disponibilidade financeira do Estado pode ocorrer tanto na dimensão positiva como na negativa⁶²⁷.

Observa-se, ainda, que os direitos, positivos e negativos, cuja concretização envolve custos financeiros diretos, a depender da disponibilidade financeira do Estado, exercem

⁶²⁰ Idem, p. 261-262.

⁶²¹ Idem, p. 262.

⁶²² Idem, ibidem.

⁶²³ Idem, ibidem.

⁶²⁴ Idem, p. 263.

⁶²⁵ “Por exemplo, direito positivo a que o Estado crie novas prestações ou melhore as existentes”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais...**, ob. cit., p. 263.

⁶²⁶ Por exemplo, “direito positivo a que todos os meses o Estado satisfaça os respectivos pagamentos e direito negativo a que não afete o valor das prestações já atribuídas”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais...**, ob. cit., p. 263.

⁶²⁷ “Por exemplo, o direito negativo a que o Estado não altere desvantajosamente o método de cálculo das pensões”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais...**, ob. cit., p. 263.

influência:: irrelevante nos deveres de respeitar, significativa nos deveres de proteção e determinante nos deveres de promoção⁶²⁸.

Nesse sentido, na linha do pensamento do Professor Doutor Jorge Reis Novais, entende-se que, apesar das variações relativas à dimensão principal de cada direito e da presença de direitos negativos e positivos, todos os deveres estatais de respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais são comuns tanto aos direitos de liberdade como aos sociais⁶²⁹. Tudo o que se aplica dogmaticamente às diferentes modalidades e dimensões dos direitos de liberdade é igualmente cabível aos direitos sociais⁶³⁰.

1.5. Os Direitos Sociais na Ordem Constitucional Brasileira

Conforme leciona o Professor Doutor José Afonso da Silva⁶³¹:

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

A evolução constitucional brasileira, desde outubro de 1988 revela, tanto no âmbito doutrinário quanto no jurisprudencial, a construção de uma prática jurisdicional comprometida com os direitos sociais fundamentais e a garantia de um regime jurídico-constitucional adequado⁶³².

Observa-se esse empenho tanto nas situações em que há reconhecimento da condição de verdadeiros direitos fundamentais aos direitos sociais (pelo menos quanto aos direitos sociais básicos, ligados ao mínimo existencial, onde parece existir consenso), quanto nas

⁶²⁸ Idem, p. 264.

⁶²⁹ Idem, p. 263-264.

⁶³⁰ Idem, p. 267.

⁶³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito...**, ob. cit., p. 288-289.

⁶³² SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço dos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. 2008. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf > acesso em 14 março 2017, p. 35-36.

ocasiões em que há superação de boa parte das principais oposições (referentes à constitucionalização ou à condição de direitos exigíveis)⁶³³.

Conforme já abordado no primeiro capítulo da presente dissertação, no ano de 1934, a inspiração no constitucionalismo alemão weimariano foi decisiva para a prematura forma de estado social estabelecida, em bases formais, pelo constituinte brasileiro.

Com a promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934, inaugurou-se no Brasil a terceira grande época constitucional de sua história, quando inseriu-se uma nova corrente de princípios que ressaltavam o aspecto social, até então ignorados pelo direito constitucional positivo vigente no país⁶³⁴.

Como ensina o Professor Doutor Paulo Bonavides, a atual Constituição brasileira é, em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado social. Logo, as dificuldades constitucionais referentes às relações de poderes e ao exercício de direitos subjetivos devem ser avaliadas e solucionadas com base nos conceitos derivados dessa modalidade de ordenamento⁶³⁵.

O constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 baseia-se na teoria dos direitos sociais fundamentais, no princípio da igualdade, nos institutos processuais que garantem a liberdade e os direitos sociais e no papel de salvaguarda da Constituição atribuído ao Supremo Tribunal Federal⁶³⁶.

Quanto aos direitos sociais básicos, a Constituição brasileira estabelece seus *princípios fundamentais* (como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – art. 1º, IV), seus *objetivos fundamentais* para a república (como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais – art. 3º, II e III) e, por último, em capítulo próprio, proclama os direitos sociais (abrange, genericamente, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desempregados – art. 6º)⁶³⁷.

O artigo 7º concebe direitos sociais especificamente em favor dos trabalhadores, dentre eles o seguro-desemprego, o fundo de garantia do tempo de serviço, o salário-mínimo, o piso salarial, o décimo terceiro salário, a participação nos lucros, a jornada semanal de

⁶³³ Idem, p. 36.

⁶³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 368.

⁶³⁵ Idem, p. 371.

⁶³⁶ Idem, ibidem.

⁶³⁷ Artigos da Constituição de 1988 disponíveis em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 07 abril 2017.

quarenta e quatro horas de trabalho, o repouso semanal remunerado, a licença à gestante com duração de cento e vinte dias e a licença-paternidade⁶³⁸.

Portanto, o atual texto constitucional estabeleceu um extenso rol de direitos sociais, contemplados por uma substantividade que não estava presente nas Constituições anteriores, a partir da de 1934⁶³⁹.

Sobre o caráter absoluto ou relativo dos direitos sociais, o Professor Doutor Paulo Bonavides observa que há quem afirme a superioridade dos direitos da liberdade sobre os direitos sociais, proclamando o primado da liberdade com base no direito natural e reduzindo os direitos sociais básicos a simples direitos sociais (matéria de legislação ordinária ou, quando muito, de um direito trabalhista constitucionalizado)⁶⁴⁰.

Também há quem, entendendo o contrário, sustenta a prevalência dos direitos sociais sobre os direitos da liberdade, ao argumento de que os direitos sociais básicos usufruem de uma dignidade constitucional de princípio que, nos ordenamentos democráticos do Estado social, são a base da Constituição⁶⁴¹.

Nesses dois posicionamentos, a igualdade representa o valor mais alto de todo o sistema constitucional, tornando-se critério imperativo de interpretação da Constituição no tema dos direitos sociais⁶⁴².

A despeito de existirem segmentos da doutrina que neguem a condição de autênticos direitos fundamentais aos direitos sociais, ressalta-se a necessidade imperiosa, ao se tratar de direitos fundamentais na Constituição brasileira, de uma leitura constitucionalmente adequada de sua fundamentação e do próprio conteúdo dos direitos sociais⁶⁴³.

A primeira constatação, resultante de um superficial exame do texto constitucional, é a de que o Poder Constituinte de 1988 reconheceu, com o título de *Direitos Sociais*, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos fundamentais. Partindo-se do critério da posição do titular do direito e da constatação de que enquanto os direitos negativos (direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais protegidos pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (sua efetivação exige atuação positiva do Estado e da sociedade), os positivos também fundamentam posições subjetivas negativas (proteção contra interferências indevidas dos órgãos estatais, de organizações sociais ou

⁶³⁸ Cfr. art. 7º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 07 abril 2017.

⁶³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 374.

⁶⁴⁰ Idem, ibidem.

⁶⁴¹ Idem, ibidem.

⁶⁴² Idem, ibidem.

⁶⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo...**, ob. cit., p. 5-6.

mesmo de particulares), conclui-se que os direitos sociais abrangem direitos prestacionais (positivos) e defensivos (negativos), independentemente de serem ou não considerados fundamentais⁶⁴⁴.

Uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incluiu prestações de caráter negativo (defensivo) em seu rol de direitos sociais⁶⁴⁵, denota-se que é preciso respeitar a vontade expressamente enunciada pelo Constituinte, no sentido de que os direitos sociais, que visam assegurar condições mínimas para uma vida digna e compensar desigualdades manifestas, não estão exclusivamente vinculados a uma atuação estatal positiva de promoção e garantia da proteção e segurança social. Esse entendimento é corroborado pelo fato de que também são sociais os direitos que protegem bens jurídicos de determinados segmentos da sociedade, como o dos trabalhadores⁶⁴⁶, em virtude de sua maior vulnerabilidade, nomeadamente social e econômica, face ao poder estatal⁶⁴⁷.

A decisão do Legislador Constituinte (que remete a uma legitimação democrática, substancial, procedimental e deliberativa) de declarar determinados direitos no texto constitucional como fundamentais (abrangendo todo o Título II e, portanto, os direitos sociais) não pode ser desconsiderada pelos poderes constituídos que devem, por estarem diretamente vinculados, assegurar a máxima efetividade dessas prerrogativas⁶⁴⁸.

Ressalta-se, contudo, que podem existir outros direitos fundamentais fora do texto constitucional, nomeadamente diante do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal brasileira, que prevê que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁶⁴⁹⁶⁵⁰.

O Douto Jurista Ingo Sarlet constata que os direitos sociais não apenas têm sido considerados dignos de tutela contra intervenções ilegítimas dos poderes públicos e dos

⁶⁴⁴ Idem, p. 6.

⁶⁴⁵ Por exemplo os direitos de greve (Art. 8º CF/88: “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: ...”) e de liberdade de associação sindical (Art. 9º CF/88: “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.”)

Artigos disponíveis em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 14 março 2017.

⁶⁴⁶ **Caput, art. 7º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:...” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 14 março 2017.

⁶⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo...**, ob. cit., p. 7-8.

⁶⁴⁸ Idem, p. 9-10.

⁶⁴⁹ Artigo 5º, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 14 março 2017.

⁶⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo...**, ob. cit., p. 8-9.

particulares, como também têm sido constantemente avaliados como direitos subjetivos, logo, judicialmente exigíveis, apesar de ser crescente o questionamento sobre a legitimidade do Poder Judiciário impor aos demais órgãos estatais os direitos sociais em sua dimensão positiva⁶⁵¹.

Se por um lado é preciso reconhecer que a previsão constitucional dos direitos sociais não é suficiente para assegurar uma vida digna a todos os brasileiros, por outro, o reconhecimento constitucional dos direitos sociais como fundamentais é um poderoso instrumento para uma ação concreta do cidadão na ausência, insuficiência ou mesmo na falta de cumprimento das políticas públicas. Assim, o fato de serem os direitos sociais considerados legítimos direitos fundamentais e como tais, levados a sério também na qualidade de direitos subjetivos, gera um novo fundamento à noção de cidadania, potencialmente mais inclusivo e solidário, que por si só justifica todo o esforço a favor dos direitos sociais⁶⁵².

Nota-se, ainda, uma tendência de superação dos radicalismos que assinalaram a evolução constitucional brasileira no âmbito da eficácia e da efetividade dos direitos sociais. Entre a negação de sua normatividade (e conseqüentemente sem aplicabilidade direta) e a tendência de garantia, pela via judicial, de tudo o que for reclamado em nome dos direitos sociais, constata-se, atualmente, a busca de um equilíbrio, por meio de critérios racionais e razoáveis, que possibilitam efetividade para um maior número de pessoas⁶⁵³.

O Douto Professor brasileiro entende que a forma de atuação do Poder Judiciário, os papéis dos Poderes Legislativo e Executivo e os mecanismos de aperfeiçoamento do controle social em relação às políticas públicas devem ser discutidos e melhor avaliados. Percebe que um dos principais desafios atuais é o investimento nos direitos sociais e na cidadania, com o objetivo de que as instituições do Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição brasileira possam, *antes tarde do que nunca*, efetivar tais promessas, especialmente quanto à garantia de uma existência digna para todos. Este é um compromisso de todos, Estado e Sociedade, e sua concretização pressupõe a substituição de posturas extremistas por uma lógica de cooperação e diálogo⁶⁵⁴.

Em síntese, acolhe-se nesta pesquisa o posicionamento defendido pelo Douto Professor Ingo Sarlet, segundo o qual, pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional, são direitos fundamentais todas as prerrogativas, expressa ou

⁶⁵¹ Idem, p. 36.

⁶⁵² Idem, p. 36.

⁶⁵³ Idem, p. 36-37.

⁶⁵⁴ Idem, p. 37.

implicitamente positivadas, localizadas no Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*) ou em outras partes do texto constitucional ou, ainda, introduzidas nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil. Logo, na ordem constitucional brasileira, os direitos sociais (que encontram-se inseridos no Capítulo II do Título II da Carta Magna) estão incluídos no rol dos direitos fundamentais⁶⁵⁵.

Ainda, como reforço argumentativo na proteção dos direitos sociais, observa-se que, no Brasil, frequentemente, os direitos individuais e outros princípios constitucionais contribuem para o amparo desses direitos⁶⁵⁶.

Contudo, esse auxílio não é condição imprescindível para a sua proteção judicial, em razão do reconhecimento, praticamente consensual, de que tais direitos possuem força normativa própria no ordenamento jurídico brasileiro⁶⁵⁷.

Assentado o entendimento segundo o qual os direitos sociais não se tratam de meras declarações políticas ou sugestões desprovidas de força vinculante dirigidas ao legislador, o Professor Doutor Daniel Sarmiento propõe a análise da estrutura desses direitos, que reflete na forma da realização da sua proteção judicial⁶⁵⁸.

Inicialmente, ele entende que deve ser afastada a tradicional concepção brasileira, que sugeria que esses direitos possuíam caráter programático. Apesar de se saber que as normas programáticas produzem efeitos jurídicos significativos, conforme o conhecimento convencional, a possibilidade de exigência de prestações positivas (o maior objetivo em matéria de direitos sociais) não está presente nesses efeitos⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵ Idem, p. 10.

⁶⁵⁶ Não raramente, os argumentos relacionados aos direitos individuais são empregados para reforçar a tutela dos direitos sociais nas ações que envolvem prestações de saúde, por meio da invocação do direito à vida, como pode ser observado no seguinte julgado (Recurso Extraordinário com Agravo):

ARE 730.741 STF, 01.02.2013, Rel. Min. Celso de Mello:

“EMENTA: PACIENTE PORTADOR DE PARALISIA CEREBRAL. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196). PRECEDENTES (STF). RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.”

Disponível

em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+730741%2ENUMERO%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/c45bt9h>

Acesso em 6 abril 2017.

⁶⁵⁷ SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns...**, ob. cit., p. 15.

⁶⁵⁸ Idem, ibidem.

⁶⁵⁹ Idem, p. 15-16.

Considerar os direitos sociais como normas programáticas significa retirar sua proteção diante das omissões estatais, o que não se coaduna com a extrema relevância desses direitos na vida das pessoas, nem com o texto constitucional brasileiro, que consagrou a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais (Art. 5º, §1º, CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁶⁶⁰)⁶⁶¹.

Prosseguindo em sua análise, o Douto Jurista brasileiro defende a impossibilidade de serem os direitos sociais ⁶⁶² considerados direitos subjetivos definitivos, diante do reconhecimento da insuficiência de recursos e da existência de diversas formas de concretização dos direitos sociais, bem como da primazia do legislador, decorrente dos princípios democrático e da separação dos poderes, na escolha das decisões sobre o que deve ser favorecido e como deve ser realizado cada direito. Por exemplo, a necessidade de moradia ou de qualquer tratamento de saúde não basta para se concluir a existência de um dever estatal incondicional, judicialmente exigível⁶⁶³.

O Professor Doutor Daniel Sarmento analisa o modelo dos direitos subjetivos garantidos *prima facie*⁶⁶⁴ que concebe os direitos sociais como direitos subjetivos, contudo, com natureza de princípio, que os sujeita, antes de seu reconhecimento definitivo, a um processo de ponderação no caso concreto, pautado pelo princípio da proporcionalidade, onde, de um lado está o direito social questionado e, de outro, princípios como os da democracia e da separação de poderes, além de ocasionais direitos de terceiros afetados pela garantia do direito contraposto⁶⁶⁵.

Segundo ele, essa solução, apesar de estar intensamente empenhada na efetivação dos sociais, considera todas as dificuldades fáticas e jurídicas compreendidas nesse processo, bem como a existência de uma margem, demasiadamente ampla, de liberdade para os poderes políticos, que deriva da sua legitimidade democrática e da sua maior capacidade funcional⁶⁶⁶.

⁶⁶⁰ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 06 abril 2017.

⁶⁶¹ SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns...**, ob. cit., p. 16.

⁶⁶² O Professor Doutor Daniel Sarmento considera que pelo menos a maior parte dos direitos sociais (ele entende que algumas prestações da Previdência Social e o direito de acesso ao ensino fundamental são direitos subjetivos sociais, uma vez que estão previstos no texto constitucional por meio de regras e não de princípios) não são direitos subjetivos definitivos. SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns...**, ob. cit., p. 16.

⁶⁶³ Idem, ibidem.

⁶⁶⁴ O modelo dos direitos subjetivos garantidos *prima facie* é defendido por vários juristas, dentre eles, Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais...** ob. cit., p. 184-193 – Direitos Subjetivos e Questões Analíticas) e Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo...**, ob. cit., p. 34).

⁶⁶⁵ SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns...**, ob. cit., p. 17.

⁶⁶⁶ Idem, ibidem.

O Douto Jurista brasileiro afirma que, provavelmente, por se tratar de um modelo de origem alemã, onde os direitos sociais não são consagrados constitucionalmente, no modelo de ponderação do festejado Jurista Robert Alexy não é o próprio direito social reclamado que figura em um dos lados da balança, mas a liberdade material que por ele assegurada. Daí o recurso a um meio indireto, que supera a omissão do constituinte germânico, para exigibilidade destes direitos⁶⁶⁷.

Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos sociais foram expressamente positivados e são judicialmente exigíveis. Ademais, a proteção dos direitos sociais não se justifica exclusivamente em razão da liberdade material. Dentre tantos fundamentos, pode-se destacar as finalidades de acolhimento das necessidades humanas básicas e de realização da democracia. Por isso, o Professor Doutor Daniel Sarmento entende que a ponderação não deve ser realizada com a liberdade material, como sustenta a concepção germânica, mas com o próprio direito social requerido⁶⁶⁸.

1.6. Os Direitos Sociais dos Presidiários como Trunfos contra a Maioria

Prosseguindo no estudo do caso concreto, demonstrar-se-á, nesta ocasião, que a concepção dos trunfos, baseada no princípio da igual dignidade da pessoa humana, também alcança os direitos sociais⁶⁶⁹, que no Brasil são reconhecidos como fundamentais, dos presidiários (parcela minoritária da sociedade) contra os anseios amparados pela supremacia majoritária.

O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais em Estado de Direito atribuiu proteção especial (natureza de trunfos) à posição jurídica individual, revelando uma situação de primazia face aos poderes constituídos (maioria que governa democraticamente)⁶⁷⁰.

De acordo com a concepção dos trunfos, em Estado de Direito constitucional, o posicionamento da maioria não rompe a força jurídica de um direito fundamental. A decisão política democrática, se estiver respaldada apenas pela vontade majoritariamente expressa, não prevalece sobre a condição jurídica individual garantida por um direito fundamental⁶⁷¹.

⁶⁶⁷ Idem, *ibidem*.

⁶⁶⁸ Idem, p. 17-18.

⁶⁶⁹ Nesta pesquisa defende-se que a concepção dos trunfos contempla todos os direitos fundamentais.

⁶⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais...**, ob. cit., p. 319.

⁶⁷¹ Idem, *ibidem*.

Inicialmente destaca-se que possíveis dúvidas quanto à relevância dos direitos sociais no ordenamento jurídico nacional foram encerradas no momento constituinte quando, no ano de 1988, aprovou-se a Constituição da República Federativa do Brasil, consagrando-se, democraticamente, os direitos sociais dentro do Título reservado aos direitos fundamentais. Portanto, conforme já esclarecido em tópico anterior, no âmbito do sistema de direito constitucional positivo brasileiro, trata-se de direitos sociais fundamentais.

A partir do momento em que essa questão foi resolvida, a indagação se restringe ao campo dos direitos fundamentais a que se reconheceu dignidade e força constitucionais. Apenas dentro desse quadro é que se pode analisar a adequação e vantagem de se considerar os direitos sociais como trunfos contra a maioria⁶⁷².

Quando uma Constituição possui força normativa, todos os poderes constituídos, até mesmo os órgãos legitimados democraticamente, encontram-se vinculados às disposições constitucionais. Portanto, o caráter jurídico do dever do Estado de concretizar os direitos sociais decorre da necessária observância constitucional⁶⁷³.

Considerando que em Estado de Direito, com justiça constitucional, compete ao Poder Judiciário garantir o cumprimento da Constituição, então, os direitos sociais, ao serem positivados, passam a ser prerrogativas individuais, oponíveis ao Estado e judicialmente impostas à maioria democrática. Esse é o resultado da consagração constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais⁶⁷⁴.

Observa-se que, uma vez que defende-se que a lógica dos trunfos se adequa tanto aos direitos de liberdade como aos sociais, conclui-se que são coincidentes as possíveis dificuldades de aceitação, assim como a existência de aparente contradição. Ao mesmo tempo em que se defende a prevalência do direito fundamental individual, tal qual um trunfo num jogo de cartas, sobre a vontade majoritária, reconhece-se a essa mesma maioria – o legislador democrático e os poderes políticos instituídos –, conforme as circunstâncias, o poder de superar o trunfo, com base na necessidade de acolher outros valores igualmente merecedores de proteção jurídica. Nesse sentido, o reconhecimento de restrições legítimas emanadas dos poderes instituídos parece contradizer a ideia dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a maioria⁶⁷⁵.

Ainda pode haver o questionamento acerca da natureza dos direitos sociais enquanto prerrogativa sob reserva do financeiramente possível, condicionada aos recursos

⁶⁷² Idem, p. 322.

⁶⁷³ Idem, ibidem.

⁶⁷⁴ Idem, ibidem.

⁶⁷⁵ Idem, p. 323.

orçamentários do Estado e à conformação legislativa definida pelo legislador democrático, logo, também subordinada, em Estado de Direito democrático, à vontade política e à decisão majoritária⁶⁷⁶.

Nesse sentido, poder-se-ia questionar que a teoria dos direitos sociais como trunfos contra a maioria entraria em colisão com a natureza jurídica dos próprios direitos sociais e, acaso prevalecesse, frustraria a capacidade constitucional de conformação da maioria política governamental ou, ao menos, prejudicaria o princípio da separação de poderes do Estado de Direito, uma vez que, em última análise, remeteria ao Poder Judiciário, quando provocado a tanto, a última palavra na definição das políticas públicas⁶⁷⁷.

Contudo, a teoria dos trunfos, que contempla todos os direitos fundamentais (inclusive os sociais), revela consistência dogmática, pelos motivos que passa-se a expor.

Ressalta-se, primeiramente, que a concepção dos trunfos acolhe a percepção de conflito entre os princípios democrático e de Estado de Direito, ou seja, entre maioria política e direitos fundamentais. O reconhecimento desta tensão potencial, conforme já explanado no capítulo anterior, especificamente quando se debateu o cenário de enfrentamento entre Democracia e Constitucionalismo, é a primeira condição metodológica imprescindível à correta solução dogmática do inevitável embate entre direitos fundamentais e outros bens igualmente merecedores de proteção⁶⁷⁸.

Observa-se, em segundo lugar, que a teoria dos trunfos não visa a inibição das possibilidades legítimas de restrição, mas evidencia, outrossim, as pretensões que não podem restringir um direito fundamental: anseios fundados no argumento da maioria, que visam unicamente a imposição das opções políticas majoritárias ou que prejudiquem os direitos fundamentais, com o objetivo de conquistar o eleitorado ou reforçar o poder⁶⁷⁹.

Ainda, o reconhecimento da natureza primordial dos direitos fundamentais (não apenas dos direitos sociais) e da correspondente possibilidade de limitação em função da proteção ou promoção de outros bens pode constituir um efetivo instrumento de garantia dos direitos fundamentais à disposição do legislador face às exigências e banalização da técnica de ponderação de bens⁶⁸⁰.

⁶⁷⁶ Idem, p. 321.

⁶⁷⁷ Idem, ibidem.

⁶⁷⁸ Idem, p. 323.

⁶⁷⁹ Idem, p. 324.

⁶⁸⁰ Idem, ibidem.

Por fim, a concepção dos direitos como trunfos atribui o pleno controle da legitimidade das restrições ao Poder Judiciário, afastando os direitos fundamentais da disponibilidade dos poderes políticos constituídos⁶⁸¹.

Assim, apesar da maior complexidade existente na aplicação da concepção dos trunfos aos direitos sociais, esses quatro motivos (reconhecimento de potencial conflito, supressão de determinados tipos de restrição, limitação material à técnica da ponderação e afastamento dos direitos fundamentais da disponibilidade da maioria política) respaldam sua adequação tanto aos direitos à liberdade, como aos sociais⁶⁸².

A ideia dos trunfos demonstra vantagem na evidenciação da potencial tensão entre os princípios do Estado social de Direito e democrático. A realização dos direitos sociais, tal qual a dos direitos de liberdade, pressupõe a democracia e exige a participação comunitária. Contudo, enquanto direitos individuais, trata-se de pretensões dirigidas contra o Estado que valem, se for o caso, contra a decisão democrática emanada pela maioria (poderes instituídos)⁶⁸³.

Logo, os direitos fundamentais permitem ao indivíduo isolado confrontar, com sucesso, o poder estatal e os poderes sociais fáticos. Assim, a concepção dos direitos como trunfos contra a maioria aplica-se inteiramente aos direitos sociais, sem prejuízo, todavia, de uma especificidade que ora se observa⁶⁸⁴.

Primeiramente, esta particularidade manifesta-se na medida em que não há no campo dos direitos sociais uma oposição tendencial tão evidente entre maioria e direitos fundamentais como ocorre nas esferas de liberdade e de autonomia individuais protegidas pelos direitos de liberdade. Enquanto nesses últimos domínios há uma tendência, quase inevitável, de abuso de poder por parte da maioria democrática, no âmbito dos direitos sociais, a imposição das concepções majoritárias não ocorre com a mesma intensidade⁶⁸⁵.

A ideia de proporcionar condições mínimas de bem-estar àqueles que não dispõem de recursos suficientes é, com diferentes tipos de fundamentação, a base do reconhecimento constitucional dos direitos sociais. Por outro lado, esse pensamento, em princípio, gera empatia e é eleitoralmente compensador, não carecendo ser defendido dos poderes instituídos, que não tendem a ofender desnecessariamente os direitos sociais⁶⁸⁶.

⁶⁸¹ Idem, p. 325.

⁶⁸² Idem, ibidem.

⁶⁸³ Idem, ibidem.

⁶⁸⁴ Idem, p. 326.

⁶⁸⁵ Idem, ibidem.

⁶⁸⁶ Idem, p. 326-327.

Em segundo lugar, a propensão a uma necessária harmonia entre maioria e direitos sociais é corroborada pelo fato de que esses direitos, que necessitam essencialmente da ajuda da maioria, estão sujeitos a uma reserva do politicamente adequado ou oportuno e do financeiramente possível, dependendo, em grande medida, da atuação conformadora do legislador democrático e da aprovação orçamentária⁶⁸⁷.

Contudo, a metáfora dos trunfos continua aplicável aos direitos sociais enquanto direitos fundamentais e pode desenvolver relevantes potencialidades, nomeadamente quanto à exclusão de determinadas justificações ou, ao menos, quanto à necessidade de incidência de um controle judicial reforçado⁶⁸⁸.

O reconhecimento de uma natureza própria de direitos, não de mera liberalidade, exclui justificativas de omissão estatal baseadas em negação ideológica dos direitos sociais àqueles que necessitam, mesmo quando os motivos derivam do governo democrático apoiado pela maioria. Os direitos sociais existem e possuem valor jurídico, não porque o governo ou a maioria concorda, mas porque a Constituição os impõe⁶⁸⁹.

Superada a especificidade observada, constata-se que a realização dos direitos sociais está condicionada ao desenvolvimento de políticas sociais, em conformidade com uma lógica programada com os corpos sociais. Contudo, adverte-se sobre a possibilidade de serem essas mesmas políticas sociais, contrariamente aos princípios constitucionais estruturantes do Estado de Direito, orientadas à discriminação social, favorecendo unilateralmente determinados grupos em detrimento daqueles que realmente não dispõem de recursos próprios suficientes para proporcionar acesso aos bens sociais. Nessas circunstâncias, demonstra-se essencial a aplicação da lógica dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, que não admite o preconceito ideológico da maioria como justificativa para restringir direitos sociais⁶⁹⁰.

Destaca-se, ainda, que a maioria política em Estado democrático tendencialmente desenvolverá políticas populares guiadas por um critério orientado por razões que ofereçam êxito nas eleições, o que pode implicar num governo conduzido por razões meramente eleitorais, que, apesar de politicamente legítimo, revela grande probabilidade de colisão com as exigências constitucionais dos direitos sociais, que, por sua vez, são apartadas, ou, a depender das circunstâncias, opostas à lógica eleitoral⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ Idem, p. 327.

⁶⁸⁸ Idem, ibidem.

⁶⁸⁹ Idem, ibidem.

⁶⁹⁰ Idem, p. 330.

⁶⁹¹ Idem, p. 330-331.

Essa situação agrava-se especialmente no domínio social uma vez que as classes mais desfavorecidas de recursos financeiros, portanto, as mais carentes de ajuda estatal, são os grupos menos organizados, com menor peso político e, conseqüentemente, com menos participação nos atos eleitorais⁶⁹².

Por fim, a teoria dos direitos sociais como trunfos contra a maioria ainda auxilia a função judicial de verificação do cumprimento dos deveres estatais de realização dos direitos sociais, por meio da elucidação dos fundamentos constitucionais que outorgaram ao Judiciário o poder de questionar as razões que determinam a orientação das políticas sociais definidas pela maioria democrática⁶⁹³.

Assim, a metáfora dos trunfos harmoniza-se com a concepção de que, assim como nos direitos de liberdade, a apreciação judicial da atuação do Estado deve ser notadamente rigorosa sempre que resultar, das políticas públicas, prejuízo “aos grupos sociais histórica ou tradicionalmente sujeitos à perseguição, ao desrespeito ou ao desfavorecimento por parte de maiorias políticas, sociais, religiosas, raciais, culturais ou sexuais.”⁶⁹⁴

Integrando os presidiários essa categoria minoritária e desprivilegiada, entende-se que a lógica dos direitos fundamentais sociais como trunfos contra a maioria, conforme defendido pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais, aplica-se integralmente no caso concreto em análise.

2. Separação de Poderes e Intervenção Judicial na ADPF 347/DF

Segundo as decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, há três pressupostos principais para a configuração de *estado de coisas inconstitucionais*: “situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades”⁶⁹⁵.

Observou-se, contudo, que não seria possível indicar, com precisão, se os diversos problemas de direitos enfrentados no Brasil (saneamento básico, saúde pública, violência

⁶⁹² Idem, p. 331.

⁶⁹³ Idem, ibidem.

⁶⁹⁴ Idem, ibidem.

⁶⁹⁵ Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 02 maio 2017, p. 29.

urbana etc.) adequariam-se aos pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para a configuração do *estado de coisas inconstitucional*⁶⁹⁶.

Todavia, concluiu-se que as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impediriam a consignação de uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de *estado de coisas inconstitucional*⁶⁹⁷.

Diante dessa constatação, a Suprema Corte passou a analisar os limites de sua atuação, destacando, inicialmente, a função típica do Supremo Tribunal Federal de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal, a fim de minimizar os problemas ocasionados pela “cultura do encarceramento” e pelo elevado número de prisões provisórias resultante de possíveis excessos na interpretação e aplicação da legislação penal e processual⁶⁹⁸.

Sobre a controvertida função atípica da Suprema Corte relacionada à interferência nas políticas públicas e escolhas orçamentárias, destacou-se que os questionamentos quanto à separação de poderes e à superioridade das capacidades institucionais dos Poderes Legislativo e Executivo comparadas às do Judiciário encontram óbice nas falhas estruturas decorrentes da ausência de políticas públicas eficientes. Uma vez que é a própria atuação deficiente do Estado o fator gerador e agravador da transgressão sistemática de direitos fundamentais, as formulações teóricas não podem impedir a reclamada intervenção judicial. A incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas retira o sentido empírico do argumento comparativo, pois, se o exercício estatal vem se revelando desastroso, a intervenção judicial equilibrada, inclusive no envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser apontada como ofensa às capacidades institucionais dos outros Poderes⁶⁹⁹.

Ressaltou-se que a condição dos presos – grupo minoritário, impopular e marginalizado – influencia negativamente o cenário político dificultando o avanço da solução às graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional e das políticas públicas ineficientes⁷⁰⁰.

Nota-se que os encarcerados não possuem representação política direta uma vez que, havendo condenação criminal, ficam impedidos de votar e serem votados. Enquanto

⁶⁹⁶ Idem, p. 30.

⁶⁹⁷ Idem, ibidem.

⁶⁹⁸ Idem, p. 31.

⁶⁹⁹ Idem, p. 35-36.

⁷⁰⁰ Idem, p. 35.

perdurarem os efeitos da sentença condenatória transitada em julgado, seus direitos políticos ficam suspensos⁷⁰¹.

Ainda, a categoria minoritária dos presos é normalmente desprezada pela opinião pública, que repele a possibilidade de utilização do orçamento estatal para melhoria das instalações prisionais. Muitos até acreditam que as condições desumanas das prisões representam uma “compensação” pelos crimes praticados pelos detentos⁷⁰².

Destaca-se, por fim, que foi demonstrado, no acórdão, ser pacífico o entendimento de que a forte violação de direitos fundamentais, alcançando a dignidade da pessoa humana e o próprio mínimo existencial, justifica a atuação mais firme do Tribunal⁷⁰³. Precisamente, a realização efetiva desses direitos é elemento de legitimidade do Poder Público em geral⁷⁰⁴.

Assim, antes de adentrar na análise da intervenção da Suprema Corte na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347, entende-se indispensável observar a necessária crítica, formulada pelo Douto Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau, à *separação* dos poderes, que “constitui um dos mitos mais eficazes do Estado Liberal, coroado na afirmação, inscrita no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, de que ‘qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição’.”⁷⁰⁵

O festejado Professor Doutor Eros Roberto Grau, após pormenorizar a concepção de Montesquieu e percorrer o pensamento dos notáveis filósofos Marx, Engels, Kelsen, Hegel, Weber, Althusser, Eisenmann, Poulantzas, Neumann, Demichel, bem como do Estadista francês Charles de Gaulle e do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Maximiliano, construiu, profunda e fundamentadamente, sua crítica à *separação de poderes*, à qual ousa-se apenas mencionar, dada à impossibilidade de minuciá-la em tão restrito espaço.

⁷⁰¹ **Inciso III, art. 15, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 06 maio 2017.

⁷⁰² Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpab/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 02 maio 2017, p. 32.

⁷⁰³ Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, no qual assentou-se a viabilidade de poder o Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios, para que sejam garantida a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. RE 592.581 STF, 13.08.2015, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpab/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964> > Acesso em 02 maio 2017.

⁷⁰⁴ Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpab/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 02 maio 2017, p. 31.

⁷⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e...** ob. cit., p. 222.

2.1. Crítica à *Separação dos Poderes* – Douto Ministro do STF Eros Grau

O princípio da *separação dos poderes*, consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁷⁰⁶ e um dos atuais pressupostos do Estado de Direito, ainda hoje é reconhecido como “lei eterna”⁷⁰⁷.

A *separação de poderes* sofre consistente crítica do Douto Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau que, constatando equívocos na interpretação do pensamento de Montesquieu, observa que seu verdadeiro propósito era uma atuação equilibrada e não a separação austera entre os poderes.

Como ensina o Douto Professor brasileiro, o nobre filósofo francês, no capítulo VI do Livro IX do *De l'Esprit des lois*, jamais usou a expressa “separação dos poderes” em sua exposição, mas apenas analisou uma distinção entre eles, no sentido de que, os poderes, embora distintos (o que não significa *separados*) deveriam atuar em clima de equilíbrio⁷⁰⁸.

Destacam-se os exatos termos de Montesquieu, conforme versão traduzida por Miguel Morgado⁷⁰⁹:

Eis, então, a constituição fundamental do governo de que falamos. Como o corpo legislativo é composto por duas partes, uma acorrenta a outra através de sua faculdade mútua de impedir. Ambas estarão presas pelo poder executor, que, por sua vez, também estará preso pelo poder legislativo.

Estes três poderes (*) deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como pelo movimento necessário das coisas são constringidos a prosseguir, serão forçados a prosseguir concertadamente.

*Note-se que “estes três poderes” referem-se às duas câmaras do poder legislativo e ao poder executivo, e não à tríade habitual dos poderes legislativo, executivo e judicial. Por implicação, a divisão ou separação de poderes envolve os *quatro* poderes – executivo, câmara baixa e câmara alta do legislativo e judicial – o que, em última análise, significa os *três* poderes, já que a câmara baixa e a câmara alta constituem duas partes do mesmo poder legislativo (N.T.).

Da exposição do nobre filósofo francês, O Douto Ministro Eros Grau ressalta a necessidade de se diferenciar “poderes” de “funções”, uma vez que para se alcançar o equilíbrio, o Poder Executivo deve exercitar uma parcela da função legislativa⁷¹⁰.

⁷⁰⁶ Ver transcrição do artigo 16º, Declaração dos Direitos do Homem de 1789, na nota de rodapé n. 35.

⁷⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e...** ob. cit., p. 357-358.

⁷⁰⁸ Idem, p. 357-359.

⁷⁰⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **Do Espírito das...**, ob. cit., p. 314.

⁷¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e...** ob. cit., p. 230.

De acordo com o critério material, “poder” e “função” são classificados de acordo com a produção (função *normativa*), execução (função *administrativa*) e aplicação (função *jurisdicional*) das normas jurídicas (textos normativos)⁷¹¹.

A vocábulo “poder” revela a capacidade para efetivamente realizar ou impor a realização de determinado fim. Já a expressão “poder estatal” retrata o poder político juridicamente organizado, ou seja, função estatal. “Então, se o Estado é uma ordem jurídica, o poder estatal é capacitação para a realização dos fins dessa ordem”⁷¹².

Ainda conforme o critério material, a expressão “poder estatal” direcionada às finalidades de interesse coletivo como objetivo de um dever jurídico representa a função estatal⁷¹³.

Avançando na reflexão, o Professor Doutor Eros Grau explicou que a integralidade da função *normativa* não pertence ao Poder Legislativo, mas tão somente uma fração, que é a função *legislativa*⁷¹⁴.

Assim, quando não há transferência da função *legislativa* (que é a parcela da função da função *normativa* que lhe compete), do Legislativo para o Executivo ou para o Judiciário, não ocorre delegação, nem derrogação do princípio da *separação de poderes*, que deve ser tomado em termos relativos⁷¹⁵.

Nesse sentido, o Professor Doutor observou que, quando o Executivo e o Judiciário desenvolvem atos *normativos* de caráter não *legislativo* (respectivamente regulamentos e regimentos), os fazem no exercício da função *normativa*, e não da *legislativa* (esta sim é monopólio do Legislativo), do que se depreende que o exercício da função regulamentar não decorre de delegação da função legislativa⁷¹⁶.

Destacou-se o que dispõe o direito positivo nacional: os preceitos primários são estabelecidos pela função *legislativa*, em decorrência de poder originário, geralmente e não exclusivamente, com conteúdo normativo; pela função *regulamentar* (se exercida pelo Executivo) ou *regimental* (se desempenhada pelo Judiciário) resultam de poder derivado, também com conteúdo normativo⁷¹⁷.

⁷¹¹ Idem, p. 232.

⁷¹² Idem, p. 232-233.

⁷¹³ Idem, p. 234.

⁷¹⁴ Idem, p. 240.

⁷¹⁵ Idem, p. 243.

⁷¹⁶ Idem, *ibidem*.

⁷¹⁷ Idem, *ibidem*.

Logo, evidenciado está que não há derrogação do princípio da *separação de poderes*, já que o exercício da função regulamentar pelo Executivo e da função regimental pelo Judiciário não provém de delegação de função legislativa⁷¹⁸.

Mais, esse intercâmbio de funções revela a real intensão de Montesquieu dirigida ao equilíbrio e não à *separação de poderes*⁷¹⁹.

Esse entendimento também é corroborado pela distinção entre os Poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e as funções executiva e legislativa, de outro. Assim, o Executivo deveria ser contemplado com funções executivas e, diante do poder de veto, também com a legislativa. No mesmo passo, o Legislativo, em casos excepcionais, seria dotado de funções jurisdicionais⁷²⁰.

Atualizando a visão de Montesquieu, o Douto Professor brasileiro observa que o Poder Judiciário também dispõe de um poder de veto, revelado pela faculdade e dever de impedir a existência de leis inconstitucionais. Logo, declarada a inconstitucionalidade de um texto normativo pelo Supremo Tribunal Federal, o Legislativo não poderá reintroduzi-lo no ordenamento jurídico⁷²¹.

Prosseguindo em seu raciocínio, após observar que exclusivamente na hipótese de serem os Poderes divididos formal (em assuntos institucionais) e materialmente (no plano social, com grupos sociais diversos dominando poderes diferentes) a *separação dos poderes* poderia funcionar como mecanismo de controle⁷²², o Douto Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau passa a considerar que a teoria desenvolvida originariamente por Montesquieu beneficia, tanto em tempos passados como nos atuais, o mercado – “uma instituição jurídica constituída pelo direito posto pelo Estado, não um fenômeno natural”⁷²³, que nos dias de hoje, confundindo-se com sociedade civil, integra-a hegemonicamente⁷²⁴ e cujo funcionamento pressupõe a vinculação de seus agentes à determinadas condutas⁷²⁵.

Como o objetivo do mercado é a busca do maior lucro possível e a sua relação típica é a de intercâmbio, o caráter de ordem *lhe* é atribuído pela expectativa dessa uniformidade de comportamentos, que por sua vez, possibilitam a cada um dos agentes desenvolver cálculos

⁷¹⁸ Idem, p. 244.

⁷¹⁹ Idem, p. 251.

⁷²⁰ Idem, p. 357-359.

⁷²¹ O Legislativo somente pode reintroduzir um ato no ordenamento jurídico quando, renunciando à faculdade de estatuir, atua como intérprete da Constituição por discordar da interpretação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal a um texto normativo. Mas, jamais, quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (poder de veto). Cfr. GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e...** ob. cit., p. 359-360.

⁷²² Idem, p. 361-362.

⁷²³ Idem, p. 363.

⁷²⁴ Idem, p. 362.

⁷²⁵ Idem, p. 363.

que irão informar as decisões a serem por eles assumidas no dinamismo do mercado. O mercado seria inviabilizado sem as exigências fundamentais da maximização do lucro, quais sejam, a possibilidade do cálculo econômico e da racionalidade jurídica⁷²⁶.

Como leciona o Professor Doutor Eros Grau, a verdade é que a burguesia (o Terceiro Estado), oportunizando a dominação da sociedade civil pelo mercado, se apropriou do Estado, que passou a desenvolver políticas mercantilistas de modo a não interferir no funcionamento do mercado, limitando-se a criar leis que protegessem os consumidores e os direitos de propriedade, assegurando, assim, o *laissez faire*. O capitalismo, ao constituir, na sexta década do Século XIX, as forças produtivas ajustadas ao seu conceito, deu início à sua eterna busca pela acumulação da riqueza abstrata⁷²⁷.

Do exposto, depreende-se que o direito intervém na sociedade capitalista – essencialmente jurídica –, específica e necessariamente em suas relações de produção, que, para se estabelecerem e se reproduzirem, necessitam da forma do direito positivo. Esse “direito posto pelo Estado” surge para disciplinar os mercados, com o objetivo de possibilitar a fluência da circulação mercantil e controlar os determinismos econômicos⁷²⁸.

O direito moderno – cujo fundamento, objetivamente, é a lei – é racional porque acolhe as perspectivas da previsibilidade e da calculabilidade (sem as quais o mercado não existiria) em relação aos comportamentos humanos, sobretudo àqueles presentes nos mercados⁷²⁹. Essa conjuntura seria inviável no contexto de subjetividade predominante nas decisões tomadas pelo príncipe ou monarca.

A generalidade e abstração da lei, que resguardam o indivíduo da arbitrariedade do Estado, bem como a previsibilidade no comportamento dos agentes econômicos, são condições primordiais para o *cálculo e segurança inerentes à produção capitalista*. Cada agente econômico precisa de garantias contra o Estado e os demais agentes que atuam no mercado⁷³⁰.

Logo, *cálculo e segurança inerentes à produção capitalista* exigem dupla proteção. A *garantia contra o Estado* (liberalismo político) é assegurada pela lei, que por sua vez, serve à preservação do mercado, ou seja, à *garantia em favor do mercado* (liberalismo econômico)⁷³¹.

⁷²⁶ Idem, ibidem.

⁷²⁷ Idem, ibidem.

⁷²⁸ Idem, p. 363-364.

⁷²⁹ Idem, p. 364.

⁷³⁰ Idem, ibidem.

⁷³¹ Idem, ibidem.

A racionalidade jurídica do direito moderno harmoniza-se com a ideia de primazia da autonomia individual, compreendendo as declarações de direitos e o movimento do constitucionalismo liberal e suas técnicas, nomeadamente a da divisão dos poderes e a da legalidade. Em outras palavras, o liberalismo político e o econômico se confundem de tal forma que uma suposta separação comprometeria a própria essência de cada um, ou seja, os partidários do liberalismo político estão, ingenuamente ou não, a serviço do econômico. Portanto, o reconhecimento de estar a *separação* dos poderes submetida aos desígnios do mercado demonstra nitidamente que o sucesso de sua doutrina é atribuído mais à sua utilidade do que à sua essência⁷³².

Conclui, assim, o Professor Doutor Eros Roberto Grau⁷³³:

Eis, pois, a verdade que o mito se presta a ocultar. O poder do Estado é indivisível. A soberania popular é a força que o constitui, permitindo que, por conveniência, ele, o Estado, divida as suas funções. Mas a soberania popular, como o Poder, não pode ser materialmente dividida. Como a autoridade, ambos são indivisíveis.

Digo mais: o Poder, o Estado o recebe por delegação da Assembleia constituinte, distribuído tais e quais funções ao legislativo e a órgãos executivos e judiciários, sem que essa especialização de funções comprometa sua indivisibilidade.

Depreende-se, assim, que não existe um modelo universal de separação ou harmonia/equilíbrio entre os poderes. A cada sociedade política corresponde um modelo particular e específico, pois o Direito não é mera representação da realidade social, mas um nível funcional do todo social. O produto cultural não decorre de um modelo geral, ao contrário, é sempre resultado de um determinado povo⁷³⁴.

Nos exatos termos do Douto Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau, “a *separação dos poderes* não passa de um mito, recurso linguístico que faz enorme sucesso no quadro da ideologia liberal, um dos mais eficazes instrumentos linguísticos de dominação que temos conhecido.”⁷³⁵

⁷³² Idem, p. 365.

⁷³³ Idem, p. 367.

⁷³⁴ Idem, ibidem.

⁷³⁵ Idem, ibidem.

2.2. Intervenção Judicial no caso de Violação Generalizada de Direitos Fundamentais

Prosseguindo na análise da medida cautelar concedida parcialmente na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, observa-se que foi asseverado no julgado que diante do contexto insuperável de inconstitucionalidades em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, a intervenção do Poder Judiciário, na medida adequada, não pode sofrer nenhuma oposição de natureza democrática⁷³⁶.

Foi esclarecido que a Suprema Corte, com o intuito de afastar a condição de inércia e a deficiência estatal permanente, deve superar os obstáculos políticos e institucionais por meio de diálogo com a sociedade e os outros Poderes, que por sua vez não podem ser afastados dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias, uma vez que o Judiciário não é autorizado a realizar as tarefas próprias dos Poderes Legislativo e Executivo⁷³⁷.

Observou-se que a competência do Supremo Tribunal Federal se restringe ao estímulo das ações e políticas públicas, à coordenação da atuação dos órgãos do Estado na execução dessas medidas e ao acompanhamento da eficiência das soluções, uma vez que o conteúdo próprio dessas políticas e os pormenores dos meios a serem utilizados não faz parte da função do Judiciário⁷³⁸.

Esclareceu-se, ainda, não tratar-se de substituição, mas de auxílio por meio de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada Poder, a quem cabe o estabelecimento dos pormenores⁷³⁹.

Nesse sentido, a Suprema Corte entendeu ter competência para interferir nas escolhas orçamentárias, bem como na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, contudo, sem particularizá-las. Assim, a formulação das determinações, que devem ser flexíveis a fim de permitir a criação legislativa, e a supervisão do cumprimento da decisão competem ao Judiciário, já a execução das medidas caberá aos outros Poderes⁷⁴⁰.

Asseverou-se que esse modo de atuação – com a devida observância à competência dos Poderes Executivo e Legislativo quanto ao campo democrático e técnico de escolhas e à

⁷³⁶ Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 06 maio 2017, p. 35.

⁷³⁷ Idem, p. 36.

⁷³⁸ Idem, ibidem.

⁷³⁹ Idem, ibidem.

⁷⁴⁰ Idem, ibidem.

forma mais adequada para a superação do *estado de inconstitucionalidades* – apenas retira a máquina estatal da inércia, colocando-a, novamente, em movimento⁷⁴¹.

Dito isso, destaca-se que a circunstância notória de estar o sistema penitenciário brasileiro marcado por uma profunda e generalizada violação de direitos fundamentais dos presos, demandando medidas urgentes e necessárias, quase parece ser consensual⁷⁴². O meio de solução dessas inconstitucionalidades é que retrata a maior divergência do julgado.

O *estado de coisas inconstitucional* é sempre o resultado da inércia parlamentar ou administrativa sobre determinados assuntos. Nesse panorama de falhas estruturais e omissões dos Poderes estatais, a atuação ativista das Cortes Supremas revela-se como único meio, mesmo que distante do ideal em uma democracia, capaz de superar os conflitos políticos e institucionais, a ausência de coordenação entre órgãos públicos e a falta de representatividade dos grupos sociais minoritários ou marginalizados⁷⁴³.

A concepção de que pode existir um *estado de coisas inconstitucional* e que a Suprema Corte do país pode atuar para suprir essa situação surgiu em 1997, na Corte Constitucional da Colômbia, com a designada *Sentencia de Unificación*. Subsequentemente, a técnica parece ter sido empregada em mais nove oportunidades naquela Corte. Também há notícia de sua na Corte Constitucional do Peru⁷⁴⁴.

Conforme explica o Professor Doutor Carlos Azevedo de Alexandre Campos, há três pressupostos do estado de coisas inconstitucional, quais sejam: a constatação de um quadro de violação massiva, generalizada (atingindo um número amplo de pessoas) e sistemática de direitos fundamentais, que afeta amplo número de pessoas; a falha estrutural do Estado, decorrente da falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias

⁷⁴¹ Idem, ibidem.

⁷⁴² Em sentido contrário, o Professor Doutor Lenio Streck apresenta crítica, cujo ponto central é o modo de construção do *estado de coisas inconstitucional*, uma vez que entende que o objeto do controle de constitucionalidade são as normas jurídicas, e não a realidade empírica sob a qual elas incidem. Entende inviável estabelecer o que seja um “estado dessas coisas” que sejam inconstitucionais face a imensidão de outras situações ou coisas inconstitucionais.

Diante da sua concepção de que não há grande distanciamento entre norma e realidade, ao argumento de que a compreensão da realidade faz parte do próprio processo da concretização do sentido da norma, ele discorda do caráter de tensão entre fatos e normas pressuposto pelo *estado de coisas inconstitucional*. “Do contrário, poder-se-ia declarar inconstitucional o estado de coisas da desigualdade social e assim por diante.” “Pois se tudo é – ou pode ser – inconstitucional, corre-se o risco de a CF ser considerada irreal, por ela ter errado em trazer para o seu texto direitos ‘fora de lugar’.” STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo*. 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> > Acesso em 07 maio 2017.

⁷⁴³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o Litígio Estrutural*. 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural> > Acesso em 07 maio 2017.

⁷⁴⁴ Cfr. Dizer o Direito. **Entenda a decisão do STF sobre o Sistema Carcerário Brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em < <http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html> > Acesso em 07 maio 2017.

e judiciais, que gera violação sistemática dos direitos e agravamento da situação; a exigência de ordens (mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos, entre outras) dirigidas a uma pluralidade de órgãos⁷⁴⁵.

Há razão em criticar-se o uso de instrumentos jurídicos estrangeiros sem estudo apurado sobre sua adequação à realidade brasileira. Também é certo que a utilização do *estado de coisas inconstitucional* na Colômbia não surtiu o efeito esperado no caso do sistema carcerário⁷⁴⁶.

Explico. Em uma de suas mais importantes decisões (*Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998), a Corte Constitucional colombiana declarou o *estado de coisas inconstitucional* relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país. Assim como no caso concreto em análise na presente pesquisa, discutiu-se a superlotação e as condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. Diante da absoluta ausência de políticas públicas, a Corte determinou a elaboração de um plano de construção e reparação das prisões; impôs a utilização de recursos orçamentários estatais; exigiu dos governadores a criação e manutenção de presídios próprios; além de requerer ao Presidente da República medidas assecuratórias dos direitos dos presidiários⁷⁴⁷.

Contudo, a execução dessas ordens não alcançou grande sucesso, cujo fracasso foi atribuído à posição de “supremacia judicial” adotada pela Corte Constitucional colombiana. As determinações, pouco flexíveis, não tiveram sua execução monitorada pela Suprema Corte, que acreditou que a autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos a cumprissem efetivamente⁷⁴⁸.

Todavia, em caso posterior (*Sentencia* T-153, de 28 de abril de 1998), no qual deliberou-se sobre o deslocamento forçado de pessoas, a Corte Colombiana identificou os equívocos cometidos anteriormente e avançou em outro posicionamento, logrando êxito na contribuição da melhoria da situação que lhe foi posta. O diálogo institucional foi adotado; as ordens, que não fixavam detalhes do plano de ação, foram direcionadas à ampla estrutura institucional envolvida; a realização das medidas determinadas foi acompanhada por seis anos e audiências públicas com representantes do Estado e da sociedade foram periodicamente convocadas para discutir a elaboração e a implementação das novas políticas públicas⁷⁴⁹.

⁷⁴⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o Litígio Estrutural**. 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural> > Acesso em 07 maio 2017.

⁷⁴⁶ Idem, ibidem.

⁷⁴⁷ Idem, ibidem.

⁷⁴⁸ Idem, ibidem.

⁷⁴⁹ Idem, ibidem.

Lembrando-se dos ensinamentos do Professor Doutor Eros Grau no sentido de que o direito é um dinamismo e um nível da realidade social, refletindo este último o presente⁷⁵⁰, entende-se que trata o *estado de coisas inconstitucionais* de um instrumento que está a ser aprimorado, continuamente, conforme o tempo e o uso e, ao contrário dos tradicionais instrumentos de jurisdição constitucional que não se encontram aptos a remediar o quadro dramático e complexo de inconstitucionalidades, pode revelar-se capaz de solucionar litígios de caráter estrutural⁷⁵¹.

Observa-se que a consolidação do Estado social e democrático de Direito e a significativa mudança na relação entre Estado e sociedade também proporcionaram que o Poder Judiciário readequasse sua estrutura, assumindo relevante papel no cenário social.

Sua função contramajoritária, caracterizada pela proteção das minorias e fundamentada pela dignidade da pessoa humana e pela garantia dos direitos e garantias fundamentais, possui relevante papel no equilíbrio entre os Poderes.

O novo conceito de “juiz social” foi introduzido enquanto consequência da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, influenciados pela aplicação imediata dos direitos fundamentais. Sua figura incorpora em seu entendimento uma ampla e consistente percepção das questões sociais, requisito de toda a hermenêutica constitucional e de seu conceito de concretização, proporcionando que as decisões judiciais sejam elaboradas com maior sensibilidade para os direitos fundamentais e para o quadro da ordem jurídica⁷⁵².

A atual imagem do Judiciário demonstra que as transformações sociais muitas vezes se antecipam às modificações legislativas, o que revela a necessidade de mudança de paradigmas para consolidar a ordem jurídica constitucional.

Constata-se que o voto do Ministro Relator Marco Aurélio na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 revelou a escolha pela diálogo, conforme recomenda a figura do *estado de coisas inconstitucional*. Foi proposta a interferência judicial na formulação e implementação de políticas públicas e nas escolhas orçamentárias por meio de ordens flexíveis, a serem monitoradas posteriormente pela Corte Suprema. Sua proposta visou a comunicação entre os Poderes em busca de um objetivo comum, seguindo os passos vitoriosos da Corte Constitucional colombiana no julgado que examinou o deslocamento forçado de pessoas.

⁷⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre...** ob. cit., p. 129-130.

⁷⁵¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o Litígio Estrutural**. 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural> > Acesso em 07 maio 2017.

⁷⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito...** ob. cit., p. 602.

A decisão contida na medida liminar deferida em parte da ADPF 347/DF revela que o Poder Judiciário se movimentou em busca de soluções que, demandando esforços conjuntos das instituições estatais, as retirava da inércia. É o que se espera de uma Corte Constitucional diante de um exacerbado quadro de violação de direitos fundamentais⁷⁵³.

Nesse sentido, foram ressaltados, no julgado em análise⁷⁵⁴, precedentes da Suprema Corte (Recursos Extraordinários nº 367.432-Agr/PR⁷⁵⁵ e nº 543.397/PR⁷⁵⁶, ambos de relatoria do Ministro Eros Grau, e Recurso Extraordinário nº 556.556/PR⁷⁵⁷, relatoria da Ministra Rosa Weber), dentre os quais destaca-se:

Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 367.432 Paraná

Relator: Min. Eros Grau

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA.

1. ...

2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes.

2.3. Efetividade Material dos Direitos Fundamentais e Escassez de Recursos

O tema da escassez de recursos esteve presente no julgamento da medida liminar requerida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347.

Reconheceu-se que a destinação de recursos públicos, sempre tão drasticamente escassos, pode instaurar situações de conflito com a execução de políticas públicas definidas

⁷⁵³ Nesse sentido, CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o Litígio Estrutural**. 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural> > Acesso em 08 maio 2017.

⁷⁵⁴ Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 08 maio 2017, p. 171.

⁷⁵⁵ RE 367.432-AgrR STF, 20.04.2010, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611062> > Acesso em 08 maio 2017.

⁷⁵⁶ RE 543.397-AgrR STF, 08.04.2013, Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+543397%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cqlq84e> > Acesso em 08 maio 2017.

⁷⁵⁷ RE 556.556-AgrR STF, 26.06.2012, Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2542247> > Acesso em 08 maio 2017.

no texto constitucional, bem como com a própria implementação dos direitos sociais assegurados pela Carta Magna⁷⁵⁸.

Contudo, apesar das dificuldades que podem derivar da escassez de recursos, o Ministro Celso de Mello⁷⁵⁹ esclareceu que deve ser considerado:

o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível **encontrará, sempre, insuperável limitação** na exigência constitucional da preservação do mínimo existencial, **que representa**, no contexto de nosso ordenamento positivo, **emanação direta** do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, **tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional** desta Suprema Corte (grifos originais).

O Douto Ministro ainda observou que a noção de mínimo existencial, resultante (por implicitude) de determinados preceitos constitucionais⁷⁶⁰, abrange um conjunto de prerrogativas, cuja realização é capaz de garantir condições adequadas à existência digna. A garantia de acesso efetivo ao direito geral de liberdade e às prestações positivas originárias do Estado proporciona o pleno gozo dos direitos sociais básicos, “tais como o direito à educação, direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação, o direito à segurança e o direito de não sofrer tratamento degradante e índigo quando sob custódia do Estado”.⁷⁶¹

Nota-se que a determinação da Suprema Corte, nos termos do voto do Ministro Relator⁷⁶², no sentido de que a União disponibilize o saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional e não mais realize novos contingenciamentos, diz respeito à escolha orçamentária do Estado.

O Ministro Relator, observando que o mencionado Fundo destina-se a “proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e

⁷⁵⁸ Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 08 maio 2017, p. 171.

⁷⁵⁹ Idem, p. 173-174.

⁷⁶⁰ Ver transcrição do artigo 1º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na nota de rodapé n. 1, especialmente quanto ao inciso III.

Inciso III, art. 3º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 08 maio 2017.

⁷⁶¹ Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 08 maio 2017, p. 176-175.

⁷⁶² Idem, p. 19-42.

aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro”⁷⁶³, entendeu que a violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial permite a judicialização do orçamento, nomeadamente se considerado que os recursos financeiros legalmente previstos para suprimir esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores superiores aos efetivamente utilizados, somente para atingir as metas fiscais. Concluiu que essa prática esclarece parte do insucesso das políticas públicas existentes no país⁷⁶⁴.

Observa-se que a continuidade (reprodução) do Direito é proporcionada pela construção dos seus sentidos e princípios, por sua positivação em textos normativos, bem como pela sua aplicação em cada caso concreto⁷⁶⁵.

Como explica o Douto Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau⁷⁶⁶:

“aplicar o Direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual inscrito é autossuficiente; que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade.”

Destaca-se que a ideia de que a produção do Direito Positivo cabe ao Poder Legislativo, a reprodução ao Judiciário e a aplicação aos particulares e à Administração Pública é entendida com reservas⁷⁶⁷.

Pela ótica literal, poderia-se intuir que apenas os Poderes Legislativo e Judiciário, por conferirem soluções a problemas jurídicos concretos, produzem e reproduzem o Direito. Contudo, claro é, que a todo instante, os particulares e a Administração Pública tomam decisões jurídicas, reproduzindo o Direito, ao aplicá-lo⁷⁶⁸.

Assim, os particulares e todos os órgãos do Estado são sujeitos aplicadores do Direito. Os particulares, quando cumprem uma norma, estão a dar-lhe aplicação, ou seja, estão a reproduzir o Direito. O Estado, igualmente, aplica a norma ao impor o seu cumprimento, reproduzindo, assim, o Direito⁷⁶⁹.

⁷⁶³ **Art. 1º, Lei Complementar nº 79/1994:**

“Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça, o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, a ser gerido pelo Departamento de Assuntos Penitenciários da Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp79.htm > Acesso em 08 maio 2017.

⁷⁶⁴ Cfr. Medida Cautelar proferida na ADPF 347 STF, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > acesso em 08 maio 2017, p. 39-40.

⁷⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na...** ob. cit., p. 309.

⁷⁶⁶ Idem, ibidem.

⁷⁶⁷ Idem, p. 309-310.

⁷⁶⁸ Idem, p. 310.

⁷⁶⁹ Idem, ibidem.

Já o Poder Judiciário, “é o aplicador último do Direito”, pois, se a Administração Pública, um particular ou mesmo o Legislativo, de quem se exige a correta aplicação do Direito, nega-se a fazê-lo, sua aplicação pode ser requerida judicialmente⁷⁷⁰.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, a quem cabe decidir pela imediata efetivação do Direito, estará, por um lado, vinculado pelo dever de conceder pronta efetividade ao preceito, e por outro, habilitado a inovar o ordenamento jurídico, suprimindo, em cada decisão proferida, eventuais lacunas que, por mérito do preceito constitucional da aplicabilidade imediata, não provocam impedimentos à sua exequibilidade⁷⁷¹.

Observa-se que o reconhecimento da existência dessas lacunas não colide com o fato de ser o preceito imediatamente aplicável e autossuficiente, uma vez que, acaso essas se manifestem, não implicarão impedimento para a aplicação do direito, já que serão, desde logo, suprimidas pelo Poder Judiciário⁷⁷², conforme autorizado pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro/LINDB⁷⁷³.

Assim, pode-se concluir que o Judiciário é convocado pelo dever de providenciar a imediata efetividade ao direito ou garantia constitucional. Conforme elucida o Douto Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau, “o juiz não é, tão-somente, a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, bem assim, o membro do Poder Legislativo –, vinculado pelo exercício de uma *função*, isto é, de um *dever-poder*.”⁷⁷⁴

No exercício dessa função, que se dá em ambiente de *interdependência*, e não de *independência* de Poderes, compete ao juiz integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se for indispensável à efetividade do Direito, de inová-lo primariamente⁷⁷⁵.

Assim como o Direito continuamente se renova, seu processo de aplicação, por meio das decisões judiciais, também se atualiza permanentemente. Logo, a fim de garantir aplicabilidade imediata de determinada prerrogativa constitucionalmente respaldada, deverá o Judiciário, não apenas *reproduzir*, mas *produzir* o Direito em suas decisões proferidas especificamente para cada caso, logicamente, dentro dos limites dos princípios jurídicos⁷⁷⁶.

⁷⁷⁰ Idem, ibidem.

⁷⁷¹ Idem, p. 311.

⁷⁷² Idem, ibidem.

⁷⁷³ **Art. 4º, Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942, com redação dada pela Lei nº 12.376/2010):**

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm > Acesso em 08 maio 2017.

⁷⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na...** ob. cit., p. 311.

⁷⁷⁵ Idem, ibidem.

⁷⁷⁶ Idem, p. 312.

Observa-se que o Judiciário não desempenha funções próprias do Legislativo, nem do Executivo; não há produção de ato legislativo, nem de administrativo. Objetivamente, o Poder Judiciário apenas cumpre, restritamente, o dever que lhe é imposto, produzindo o Direito e assegurando a imediata exequibilidade do direito ou garantia constitucional, especialmente em cada caso concreto que se inserir nessa situação, motivo pelo qual não há que se falar em atribuição indiscriminada de poder para estabelecer norma abstrata e geral⁷⁷⁷.

Ainda repudiando-se a ocorrência de violação do princípio da separação dos poderes, observa-se que, além de não pertencer exclusivamente ao Legislativo o exercício da função normativa, mas tão-somente a função legislativa; há muito superou-se a ideia de que a razão humana teria tamanha envergadura para formular preceitos normativos unívocos capazes de antever as diversas situações de realidade que demandem regulamentação⁷⁷⁸.

Conclui-se, então, que a aplicação da norma definidora do direito ou garantia, acaso contemplada pelo benefício da aplicação imediata, supõe a tomada de uma decisão para sua imediata efetividade. Contudo, se essa decisão é negada pela administração ou pelos particulares, compete ao Judiciário, se provocado a tanto, provê-la; sendo-lhe autorizado, quando houver necessidade, integrar o ordenamento jurídico, e portanto, além de reproduzir, produzir o Direito⁷⁷⁹.

Isso posto e, reconhecendo-se que a questão da efetividade jurídica formal foi solucionada pelo texto constitucional quando impôs ao Poder Judiciário o dever de dar aplicação aos direitos e garantias fundamentais, pode-se concluir que o problema da efetividade jurídica material ainda não foi resolvido⁷⁸⁰.

Especificamente no Brasil, embora tenha a Constituição de 1988 incluído, dentre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, o *atentado contra o exercício dos direitos sociais*⁷⁸¹, resta problemática a questão da efetividade material das decisões judiciais que determinam ao Estado a realização de políticas públicas⁷⁸².

⁷⁷⁷ Idem, ibidem.

⁷⁷⁸ Idem, ibidem.

⁷⁷⁹ Idem, p. 312-313.

⁷⁸⁰ Idem, p. 323.

⁷⁸¹ **Incisos III e IV, art. 85, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 08 maio 2017.

⁷⁸² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na...** ob. cit., p. 323.

Destaca-se a sensata e necessária análise do festado Professor Doutor Eros Roberto Grau⁷⁸³, que alerta sobre a desídia dos Poderes Executivo e Legislativo, associada à fragilidade e subserviência do Judiciário, que poderá provocar a seguinte conclusão, que ele logo enuncia, como se já no futuro estivesse sendo escrita:

“Não tinha mais como recusar, o Poder Judiciário, *efetividade jurídica ou formal* aos direitos a que nos referimos; por isso lhes era esta (*efetividade formal*) conferida; mas lhes era recusada *efetividade material* e, por isso mesmo – porque lhes era negada esta última –, resultaram eles dotados de *eficácia*; pois é certo que alguns deles foram institucionalizados exclusivamente para que não viessem a ser realizados”.

Essa é a exposição que, fundamentada nos conceitos de efetividade e eficácia do Direito, poderá vir a ser feita das normas que, contempladas apenas com efetividade formal, tornam-se plenamente eficazes (adequadas aos seus fins) porque não são providas de efetividade material⁷⁸⁴.

Assim, dirigindo-se ao campo da efetividade material do Direito, será prontamente analisada a ideia de direito ao mínimo existencial e da figura da *reserva do possível*.

2.3.1. Mínimo Existencial

A ideia de um direito ao mínimo existencial surgiu, no ano de 1953, em decisão proferida pelo Tribunal Federal Administrativo alemão e foi incorporada, posteriormente, na jurisprudência desta Corte Constitucional, por meio da conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, consagrados na Lei Fundamental germânica⁷⁸⁵.

Na doutrina brasileira, o conceito foi introduzido, em 1989, pela obra do Professor Doutor Ricardo Lobo Torres⁷⁸⁶, segundo o qual “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”⁷⁸⁷.

⁷⁸³ Idem, ibidem.

⁷⁸⁴ Idem, ibidem.

⁷⁸⁵ SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns...**, ob. cit., p. 27.

⁷⁸⁶ Idem, p. 28.

⁷⁸⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais**. In Revista de Direito Administrativo, v. 177, Rio de Janeiro, 1989. Disponível em < bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271 > acesso em 10 maio 2017, p. 29.

Para o Douto Jurista brasileiro, o mínimo existencial, considerando sua dimensão essencial e inalienável, abrange qualquer direito. É princípio relacionado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social. Também está intrínseco nas concepções de liberdade e igualdade, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão⁷⁸⁸.

A obrigação estatal de assegurar condições materiais mínimas de vida para as pessoas mais necessitadas é justificada, principalmente, por dois fundamentos instrumentais (segundo os quais trata-se de requisito para a garantia da liberdade real ou para a proteção dos pressupostos da democracia) e um não-instrumental (segundo o qual a satisfação das necessidades materiais humanas essenciais constitui um fim em si mesma e não um meio para alcançar qualquer finalidade)⁷⁸⁹.

Segundo o argumento fundamental da liberdade material, seu exercício somente se realiza mediante o atendimento de certas condições materiais básicas. Assim, além da ausência de impedimentos externos à ação do agente, a liberdade demanda a possibilidade real do seu exercício, que, por sua vez, reclama a garantia de determinadas exigências materiais mínimas para quem é financeiramente desprovido⁷⁹⁰.

Com base na concepção de que o predomínio da vontade da maioria não se confunde com a democracia, a justificativa democrática exige a garantia de certos direitos (dentre os quais, o direito de terem as pessoas carentes suas necessidades materiais básicas atendidas, a fim de não haver comprometimento na capacidade real de participação nas deliberações da sociedade) que proporcionem o acesso dos cidadãos ao espaço público⁷⁹¹.

Por fim, segundo a alegação não-instrumental, o atendimento das necessidades humanas mais básicas, independentemente da promoção de outros objetivos como a garantia da liberdade ou promoção da democracia, é uma obrigação autônoma da justiça⁷⁹².

Numa ordem jurídica baseada na dignidade da pessoa humana, as decisões do legislador orçamentário e do administrador referentes à realização das despesas estatais não podem estar compreendidas num domínio de ampla discricionariedade. Ao contrário, há prioridades impostas pela força dos princípios constitucionais, dentre as quais destaca-se a satisfação das necessidades materiais mais básicas dos necessitados⁷⁹³.

⁷⁸⁸ Idem, *ibidem*.

⁷⁸⁹ SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns...**, ob. cit., p. 25-26.

⁷⁹⁰ Idem, *ibidem*.

⁷⁹¹ Idem, p. 26.

⁷⁹² Idem, *ibidem*.

⁷⁹³ Idem, p. 29.

Assim, o mínimo existencial revela-se num relevante critério para a concessão judicial dos direitos sociais, além de conferir plena legitimidade ao Judiciário para fiscalizar o cumprimento dessas prioridades pelos demais Poderes estatais⁷⁹⁴.

2.3.2. Reserva do Possível

Os direitos sociais – cuja efetivação é limitada materialmente, nomeadamente, pela escassez de recursos financeiros – sujeitam-se a fatores institucionais, nomeados pela doutrina e jurisprudência de cláusula da *reserva do possível*⁷⁹⁵.

Essa expressão surgiu, no ano de 1972, em uma paradigmática decisão da corte Constitucional alemã, conhecida como o caso *numerus clausus*, na qual se discutiu a limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista o elevado número de candidatos.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor Doutor Eros Grau, explicando a lição primordial contida na decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha [BverfGE 33, 303 (333), *numerus clausus*], observa que, naquela ocasião, fixou-se entendimento no sentido de que a efetivação do direito de acesso ao ensino superior, resultante do direito fundamental de livre escolha e exercício da profissão, condicionava-se à *reserva do possível*, devendo a prestação requerida corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Assim, ainda que disponha o Estado de recursos financeiros suficientes, não existe obrigação de prestar algo que não se encontre dentro limites do razoável. Nesse sentido, concluiu-se que não havia um direito constitucional que obrigasse o Estado a providenciar vagas em universidades, uma vez que a aplicação dos recursos do sistema universitário não poderia considerar argumentos exclusivamente individuais, sem também ponderar os interesses coletivos. O Tribunal decidiu que, apesar de esgotadas as vagas, criadas com os recursos públicos, para o curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique, o *numerus clausus* absoluto delas não ofendia a Constituição⁷⁹⁶.

Esses entendimentos foram admitidos e desenvolvidos na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que firmou raciocínio de que, em se tratando do direito

⁷⁹⁴ Idem, ibidem.

⁷⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. **Realismo e Utopia Constitucional**. In ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (org.). **Direito Constitucional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 124.

⁷⁹⁶ Idem, ibidem.

de acesso ao ensino superior, a prestação requerida deve ajustar-se àquilo que o indivíduo pode razoavelmente reivindicar da sociedade, mesmo dispondo o Estado de recursos financeiros suficientes⁷⁹⁷.

Nesse sentido, é pacífico, na doutrina majoritária e na jurisprudência constitucional na Alemanha, que a *reserva do possível* (*Der Vorbehalt des Möglichen*) retrata a concepção de que os direitos sociais subordinam-se à real disponibilidade (localizada na margem discricionária das decisões governamentais e parlamentares) de recursos financeiros por parte do Estado⁷⁹⁸.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro há precedentes no mesmo sentido, já tendo sido, por exemplo, sustentado pelo Ministro Gilmar Mendes⁷⁹⁹ que a redução das desigualdades sociais e a proteção dos direitos fundamentais não se concretizam sem a minuciosa reflexão do seu impacto. O Ministro Celso de Melo⁸⁰⁰ também já defendeu, em ocasião diversa, a necessidade de interpretação dos direitos sociais, econômicos e culturais de acordo com a cláusula da *reserva do possível*⁸⁰¹.

O Professor Doutor Ingo Sarlet esclarece que a figura da *reserva do possível*, compreendida em sentido amplo, apresenta, ao menos, dimensão tríplice, que compreende a real disponibilidade fática dos recursos para concretização dos direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (que se assemelha à distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, exigindo ponderação, especialmente no contexto do sistema constitucional federativo do Brasil) e o problema da proporcionalidade da prestação, especialmente quanto à sua exigibilidade e razoabilidade (na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais)^{802 803}.

Esses aspectos possuem estreita conexão entre si e com outros princípios constitucionais (por exemplo, com os da igualdade e da subsidiariedade) e exigem um equacionamento constitucionalmente apropriado, a fim de que, conforme as exigências da

⁷⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo...**, ob. cit., p. 23-24.

⁷⁹⁸ Idem, p. 23.

⁷⁹⁹ IF 2.915-5 STF, 03.02.2003, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81455> > Acesso em 01 maio 2017.

⁸⁰⁰ ADPF 45 STF, 29.04.2004, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2E+NUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfpa> > Acesso em 01 maio 2017.

⁸⁰¹ GRAU, Eros Roberto. **Realismo e Utopia Constitucional...** ob. cit., p. 124-125.

⁸⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo...**, ob. cit., p. 24.

⁸⁰³ A ideia de *reserva do possível* pode se dividir nos componentes fático (efetiva disponibilidade dos recursos econômicos indispensáveis à satisfação do direito prestacional) e jurídico (existência de autorização orçamentária para que o Estado suporte os respectivos custos) Cfr. SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns...**, ob. cit., p. 19.

máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir, não como empecilhos insuperáveis, mas como instrumentos de garantia dos direitos sociais de caráter prestacional⁸⁰⁴.

O Douto Jurista brasileiro, repele a ideia de que a *reserva do possível* seja parte integrante dos direitos fundamentais, entendendo que, em verdade, e considerada toda a sua complexidade, trata-se de uma “espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais”, mas que também poderá intervir como garantia desses direitos em determinadas circunstâncias. Observa que em uma situação onde há conflito de direitos, a alegação de indisponibilidade de recursos é aceitável “desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais”, com o objetivo de resguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental⁸⁰⁵.

Assim, entendendo-se tratar de limitações (fática e jurídica) à efetivação judicial dos direitos fundamentais (não apenas dos direitos sociais), a incumbência de maximizar os recursos financeiros e minimizar o efeito da *reserva do possível* faz parte do dever de todos os órgãos estatais e agentes políticos⁸⁰⁶.

Por sua vez, o Professor Doutor Daniel Sarmento afirma não ter dúvidas sobre a legitimidade e a necessidade de intervenção judicial na área dos direitos sociais, o que não afasta a incidência da *reserva do possível*, concebida, não como obstáculo à tutela jurisdicional desses direitos, mas como um relevante parâmetro para a sua configuração⁸⁰⁷.

Contudo, defende que o mínimo existencial não possui valor absoluto, sujeitando-se à *reserva do possível*. Argumenta que, em sociedades pobres, nem sempre é viável assegurar, imediata e igualitariamente, as condições materiais básicas para uma vida digna. Exemplifica com o caso emblemático do salário mínimo no Brasil que, conforme imposição constitucional⁸⁰⁸, deveria assegurar o mínimo existencial para as famílias dos que o recebem, mas, no entanto, sempre esteve fixado em valores muito inferiores ao necessário. Diante das

⁸⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo...**, ob. cit., p. 24.

⁸⁰⁵ Idem, p. 24-25.

⁸⁰⁶ Idem, p. 27.

⁸⁰⁷ SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns...**, ob. cit., p. 21.

⁸⁰⁸ **Inciso IV, art. 7º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:**

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”

Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 10 maio 2017.

condições econômicas do país, reflete sobre a impossibilidade do Estado brasileiro aumentar o valor do salário mínimo em patamares que satisfaçam à imposição constitucional, bem como sobre a inviabilidade do Poder Judiciário fixar uma importância numerária que atenda ao determinado na Constituição (essa decisão exigiria que o particular ou o Instituto Nacional de Seguridade Social efetuasse o pagamento de uma quantia inexecutável aos seus empregados ou beneficiários, conforme o caso). Ressalta que intervenções judiciais nesse sentido, além de desrespeitarem a *reserva do possível* em nome do mínimo existencial ou da efetividade da Constituição, inevitavelmente ocasionariam graves consequências econômicas que, ao fim, afetariam, sobretudo, os mais pobres⁸⁰⁹.

Por outro lado, o Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet explica que, embora o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais não possa ser restringido à garantia do mínimo existencial, quando este estiver em causa, deve-se necessariamente reconhecer o direito subjetivo a prestações e, portanto, plenamente exigível também pela via jurisdicional⁸¹⁰.

Nessas hipóteses não prosperam as restrições trazidas pela *reserva do possível*, uma vez que são imperativas as providências (dentre as quais o direcionamento ou redirecionamento obrigatório de prioridades quanto à destinação de recursos) que garantam, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa⁸¹¹.

Portanto, também é inaceitável a tese de que a *reserva do possível* poderia servir de argumento capaz de afastar, de modo generalizado, a responsabilidade do Estado (por ação ou omissão) na esfera das prestações que inequivocamente traduzam o mínimo existencial⁸¹².

Em corroboração a esse entendimento, destaca-se que o esclarecimento do Professor Doutor Jorge Reis Novais no sentido de que, diferentemente dos direitos de liberdade, que recebem do Estado a segurança da inviolabilidade e as possibilidades jurídicas de concretização de uma margem de autodeterminação individual, a realização dos direitos sociais está materialmente condicionada ao dever, atribuído constitucionalmente ao Estado, de, tanto quanto *possível*, promoção das condições ótimas de efetivação das prestações e de conservação dos níveis de concretização já alcançados⁸¹³.

⁸⁰⁹ SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns...**, ob. cit., p. 29-30.

⁸¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo...**, ob. cit., p. 34.

⁸¹¹ Idem, ibidem.

⁸¹² Idem, ibidem.

⁸¹³ NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes...**, ob. cit., p. 294.

Logo, na linha de pensamento do Douto Constitucionalista português, conclui-se que, diante da vinculação jurídica imposta pelo princípio da proibição do retrocesso, é preciso salvaguardar as prestações estatais já garantidas e realizadas de eventual regressão⁸¹⁴.

É complexa a discussão sobre a legitimação das decisões judiciais que determinam a realização de gastos públicos visando a realização dos direitos sociais. Se por um lado há quem argumente que, numa democracia, nomeadamente diante da situação de escassez de recursos, cabe ao Poder Legislativo definir as prioridades na lei orçamentária; por outro, há quem entenda que o condicionamento da eficácia desses direitos ao orçamento do Estado implica restrição da força da Constituição diante da vontade do legislador.

Se os direitos sociais são fundamentais, como definitivamente o são na ordem constitucional brasileira, significa que são trunfos, que se impõe mesmo contra a vontade da maioria democrática.

Assim, conclui-se que a *reserva do possível* deve ser entendida com ressalvas, ao passo que encontra barreira insuperável na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que deriva, no ordenamento positivo brasileiro, do postulado da dignidade da pessoa humana.

Entende-se inadequada sua utilização como argumento impeditivo da intervenção judicial, tal e qual inoportuna como justificativa para a omissão estatal no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente dos de natureza social⁸¹⁵.

3. A Constituição no quadro da Realidade

“As Constituições são mitificadas e a busca (inútil?) da sua efetividade formal, da sua efetividade material e da sua eficácia afoga e substitui a utopia. Ela própria, a Constituição, é tomada como uma nova utopia.”⁸¹⁶

Essa é a realidade efetivamente descrita pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor Doutor Eros Roberto Grau.

O Professor Doutor Eros Roberto Grau destaca a necessidade imperiosa de não caírem no esquecimento as fundamentais lições transmitidas pelos antigos e contemporâneos

⁸¹⁴ Idem, ibidem.

⁸¹⁵ Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo...**, ob. cit., p. 27-28.

⁸¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **Realismo e Utopia Constitucional...** ob. cit., p. 121.

Pensadores do Direito, por meio das quais é possível compreender a concepção da oposição entre *Constituição real e efetiva* e *Constituição escrita*⁸¹⁷.

Baseado nos ensinamentos do precursor da social-democracia alemã, Ferdinand Lassalle, para quem a Constituição é “a soma dos fatores reais do poder que regem o país”⁸¹⁸, o Douto Professor Eros Grau esclarece que a Constituição escrita (*fatores jurídicos*, reunidos em um papel, resultantes dos *fatores reais* do poder que conduzem uma nação) é considerada “boa e duradoura” na medida em que corresponde à realidade e tem como base os *fatores reais do poder* hegemônicos no país. Quando não mais retratar a verdade, um conflito levará à sua sucumbência⁸¹⁹.

Ainda aprofundando seu raciocínio, agora por meio dos ensinamentos do consagrado Pensador alemão da metade do século XX, Konrad Hesse, o Nobre Ministro Eros Grau explica que a força normativa da Constituição escrita fenece quando já não há correspondência com a natureza singular do presente. Os textos constitucionais, ao divergirem da realidade, transformam-se em obstáculo ao desenvolvimento das forças sociais, ocasionado a frustração material da sua finalidade⁸²⁰.

Konrad Hesse elucidou que a eficácia da Constituição jurídica somente seria concebível acaso observada a realidade histórica que, por sua vez, demonstra que a Lei Maior – que exprime uma força ativa que influencia e estabelece a vida política e social – não pode ser abstraída da realidade concreta do seu tempo. Contudo, à medida que as disposições constitucionais deixam de traduzir a realidade, manifestam-se limitações (decorrentes de fatores sociais, econômicos ou de outra natureza) à sua força normativa, pois “nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais.”⁸²¹

Assim, o conhecimento aprofundado e embasado substancialmente permite a superação de inúmeros equívocos – que vão desde a ideia de que a Constituição seria um conjunto de doutrinas à presunção de que ela pode, por si só, transformar a realidade – cometidos pelo jurista que, restrito às teorias predominantes, “empunha o mito da Constituição”, ignorando as lições dos precursores do Direito⁸²².

⁸¹⁷ Idem, ibidem.

⁸¹⁸ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em < <http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/418/1/LASSALLE,%20F.%20O%20que%20%C3%A9%20uma%20Constituic%C3%A3o.pdf> > Acesso em 27 abril 2017, p. 30.

⁸¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **Realismo e Utopia Constitucional...** ob. cit., p. 121.

⁸²⁰ Idem, p. 123.

⁸²¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 1991. Disponível em < <http://www.geocities.ws/bcentaurus/livros/h/hessenpdf.pdf> > Acesso em 27 abril 2017, p. 6.

⁸²² GRAU, Eros Roberto. **Realismo e Utopia Constitucional...** ob. cit., p. 122.

Nos exatos termos do Professor Doutor Eros Grau: “à Constituição há de ser conferido o seu valor e honrado o seu destino, que é o de ser cumprida. Mas ela não supre a utopia da transformação da sociedade.”⁸²³

Os planejamentos inseridos nos dispositivos constitucionais, apesar de serem limitados pela realidade, devem ser objeto do empenho dos operadores do direito, a fim de que os direitos econômicos e sociais sejam efetivamente reconhecidos como subjetivos públicos e disponha o cidadão de meios para exigir do Poder Público as prestações constitutivas desses direitos⁸²⁴.

As condições indispensáveis para o exercício imediato dos direitos econômicos e sociais devem ser fornecidas pelo Estado dentro da *reserva do possível*, ou seja, nos limites do quadro de recursos econômicos disponíveis⁸²⁵.

Contudo, deve-se ter em mente que se a concepção de *reserva do possível* se restringir meramente ao limite cominado pelo orçamento estatal, os direitos sociais apenas existiriam nas ocasiões em que houvesse disponibilidade dos cofres públicos⁸²⁶.

Nesse sentido, o Douto Ministro Eros Roberto Grau esclarece que “essa ‘reserva’ evidentemente não pode ser reduzida a *limite posto pelo orçamento*, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – ‘a nenhuma vinculação jurídica’”⁸²⁷.

Por fim, ainda há que se observar, sempre no quadro da realidade, a proibição do retrocesso social, uma vez que o legislador só está autorizado a revogar uma conquista social, consagrada legalmente, quando sua manutenção comprometer a permanência das demais prestações⁸²⁸.

Assim, a Constituição não deveria prever o inconcebível, já que, dependendo os direitos econômicos e sociais da ação do Poder Público, sua efetivação encontra limites nos fatores institucionais (modo de organização e funcionamento da Administração Pública) e econômicos (existência e quantidade dos recursos financeiros à disposição do Estado)⁸²⁹.

Em tons de conclusão, adota-se a linha de raciocínio do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor Doutor Eros Grau, não vislumbrando-se possibilidades de

⁸²³ Idem, p. 123.

⁸²⁴ Idem, ibidem.

⁸²⁵ Idem, ibidem.

⁸²⁶ Idem, p. 125.

⁸²⁷ Idem, ibidem.

⁸²⁸ Idem, p. 123.

⁸²⁹ Idem, p. 123-124.

concordância com quem, utopicamente, imagina serem prontamente realizáveis as condições materiais imprescindíveis à concretização de todos os direitos previstos na Constituição; nem com aqueles que defendem que a força normativa da Constituição subordina-se ao poderio do orçamento público. Esses últimos, ao invés de perceberem a *reserva do possível* como limite econômico ao qual se sujeita a ação estatal, confundem-na com a disponibilidade financeira do Estado⁸³⁰.

⁸³⁰ Idem, p. 125.

CONCLUSÕES

Ao longo desta pesquisa investigou-se como o princípio contramajoritário e a separação de poderes podem influenciar, no domínio da realidade, a defesa e a promoção dos direitos fundamentais.

Ressalta-se que, a despeito da diversidade do catálogo de direitos fundamentais inseridos nas Constituições dos muitos Estados de Direito espalhados pelo mundo, em todas as ordens constitucionais, os direitos fundamentais são o núcleo da Constituição e há um Poder Judiciário independente e uma justiça constitucional que asseguram o cumprimento desses direitos.

Do primeiro capítulo, que trouxe uma reflexão geral sobre separação de poderes e direitos fundamentais – que repita-se, ainda hoje, consubstanciam a ideia de Constituição – extraem-se percepções que fundamentam e norteiam esta investigação acadêmica.

A análise inicial da evolução constitucional brasileira proporcionou a compreensão de que a atual Constituição Federal de 1988, inspirada na Lei Fundamental alemã de 1949, especialmente quanto aos direitos fundamentais e aspectos sociais, define-se como Constituição do Estado social, o que implica que os conflitos constitucionais referentes às relações de Poderes e ao exercício de direitos subjetivos devem ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados dessa modalidade de ordenamento.

Também percebe-se que, percorrido o caminho dos avanços sociais, já não se exigem direitos das Constituições, mas sim, garantias. Há numerosas prerrogativas no texto constitucional brasileiro; já as promessas constitucionais, ora aparecem em fórmulas abstratas e genéricas, ora remetem a concretização da norma a uma legislação complementar que nunca se elabora.

Nesse sentido, conclui-se que o destino da atual Carta Magna brasileira depende da sua adequação às exigências de uma sociedade em busca de governos estáveis e legítimos, que solucionem seus problemas de natureza política e estrutural.

Da pesquisa preliminar no campo da separação de poderes, depreende-se que essa doutrina, introduzida no Brasil pela exposição de Montesquieu, revela, essencialmente, o fracionamento do exercício do poder político entre vários órgãos diferentes e independentes, de modo que nenhum deles possa atuar descomedidamente. Ressalta-se que o nobre filósofo francês já revelava exceção ao reconhecer a intervenção do chefe de Estado no processo legislativo, por meio do veto.

Assim, observando-se que cada Poder pratica atos “teoricamente” fora do seu âmbito de competência, colaborando, em caráter secundário, com a atuação de outras funções, defende-se que a especialização atinente à separação de poderes é relativa.

Quanto à pesquisa sobre a separação de poderes nos Estados Unidos da América, depreende-se que o propósito do federalismo, do presidencialismo e do controle judicial de constitucionalidade das leis, nascidos num momento fértil de inovações institucionais após a independência americana, foi o de estabelecer o mecanismo de “freios e contrapesos”, apto a impedir que qualquer dos poderes instituídos conseguisse, sozinho, alterar o cenário existente. Para os *federalistas* norte-americanos, diversamente do mecanismo concebido por Montesquieu, que visava diretamente à promoção da liberdade do indivíduo, a separação de poderes objetiva a melhoria do desempenho das funções do estado, fundando-se também no princípio da divisão do trabalho.

Sobre a exposição das percepções de Hamilton, no Federalista nº 17, destaca-se sua atualidade, especialmente quanto à afirmação segundo a qual, num governo onde há separação de poderes, enquanto o Poder Executivo, além de distribuir as honrarias, “empunha a espada da comunidade”; o Legislativo conduz “a bolsa” e preceitua as normas reguladoras dos deveres e direitos dos cidadãos. Por sua vez, o Judiciário não exerce nenhum domínio sobre a força ou a riqueza da sociedade. Diante de suas funções, será sempre o Poder que menos ameaça os direitos políticos, o menos capaz de causar prejuízo. O Judiciário “não pode tomar nenhuma resolução ativa”, possui apenas juízos, não há Força nem Vontade, e ainda depende da ajuda do Executivo para a eficácia de suas decisões.

As ideias de Hamilton conduzem à reflexão sobre a essencial e necessária garantia de independência do Judiciário, resguardada pela Constituição brasileira, e levam à conclusão de que sem um juiz autônomo e independente não há livre julgamento, não se faz justiça e não se encontra a melhor solução.

Prosseguindo nessa mesma linha de raciocínio, agora conforme o pensamento expressado impecavelmente pelo Professor Doutor Ives Gandra, assimila-se que “a justiça é, fundamentalmente, aspiração do ser humano, que nasce com ele, acompanha-o durante toda a vida e não desaparece quando ele morre. A aspiração de justiça do ser humano transcende sua própria morte, como também é anterior à sua existência.”⁸³¹

⁸³¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Introdução ao Direito. 1998, p. 3. Disponível em < http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/15/8ddd652artigo_0226.pdf > Acesso 10 maio 2017.

No que diz respeito à pesquisa preliminar no campo dos direitos fundamentais, domínio para o qual se deslocaram as atuais tensões constitucionais, cuja complexidade envolve fatores sociais do poder, expostos a constantes variações e dependentes de relevante grau interpretativo, percebe-se que os direitos e garantias fundamentais refletem os anseios da sociedade que surgem em cada período histórico, motivo pelo qual não há uniformidade em seu conjunto, nem em sua própria estrutura.

Diante da análise dos antecedentes históricos, depreende-se que os direitos fundamentais são frutos de demandas concretas, ocasionadas por persistentes lutas contra as ofensas aos bens indispensáveis à existência digna da pessoa humana. São consequências da luta histórica pela afirmação do princípio da dignidade humana, essência de todas as reivindicações.

Também compreende-se que os direitos de liberdade, entendidos como garantia contra o Estado, revelaram-se insuficientes, o que levou à reivindicação de uma atuação efetiva do Estado no sentido de proporcionar os meios necessários a uma existência digna a todos.

As ideias lançadas no primeiro capítulo conduzem à percepção de que a nova perspectiva assumida pelo conceito de Estado de Direito caracteriza-se, principalmente, por acolher valores universais emanados de direitos que os poderes políticos instituídos não podem dispor.

Os direitos fundamentais, ao serem positivados, tornam-se parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos, impedindo que haja alteração por mera vontade do Estado.

Trata-se de valores que, constituídos pela dignidade da pessoa humana (estendida a todos, independentemente de raça, sexo, religião ou convicção) e pelos direitos fundamentais (que devem respeitar, proteger e promover essa ampla dignidade humana), orientam o novo constitucionalismo.

Assim, finalizando-se as conclusões do primeiro capítulo, ainda pode-se constatar que os direitos fundamentais, rompendo a primeira fase (posicionados no campo da moral, confundiam-se com o direito natural), alcançaram um estágio de reconhecimento constitucional, onde a maior preocupação – consubstanciando-se com a proposta desta pesquisa acadêmica – é a busca da sua efetivação.

O Poder Judiciário, contemplado com a função de mediador dos conflitos e de controle da efetividade constitucional, tem o dever de atribuir máxima eficácia aos direitos fundamentais. Entende-se que há legitimidade até mesmo para substituir provisoriamente os

demais Poderes no exercício da jurisdição constitucional, o que justifica a adoção de uma postura ativa na defesa daqueles direitos que são a base da Constituição.

* * *

O segundo capítulo, no qual investigou-se a aplicação do princípio contramajoritário no julgamento, ocorrido em 9 de setembro de 2015, da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), permitiu uma série de conclusões, que se referem, inicialmente, ao regime democrático.

Quanto à decisão da maioria, percebe-se tratar-se de meio de ação ou forma de exercício de poder que não produz, necessariamente, verdade ou justiça, mas reflete, tão somente, o interesse comum. As deliberações majoritárias pressupõem competência para decidir, contudo, somente admite-se a vontade estabelecida em conformidade com o respeito às normas que a regulam e constituem. Repudiam-se as decisões majoritárias que comprometem o conteúdo substancial dos direitos fundamentais ou a essência da própria democracia representativa, nomeadamente o pluralismo, os direitos das minorias e a possibilidade de mudanças.

Mais, ainda que em democracia política caiba ao legislador democrático a deliberação final, em sistema com justiça constitucional, havendo presença de direitos fundamentais, a decisão derradeira é transferida para o Supremo Tribunal, onde, todavia, também há uma maioria e uma minoria que resulta das divergências entre os entendimentos dos respectivos Ministros, o que implica que a resolução final será tomada conforme a regra majoritária.

Adentrando-se na análise da percepção de Zagrebelsky sobre a essência da democracia, observa-se que a imperfeição e a limitação são características intrínsecas ao homem. Compreende-se que a autoridade do povo não depende de suas virtudes, mas decorre da falta insuperável de algo melhor. Rejeitando-se os entendimentos que adjudicam ao povo a capacidade de estar sempre e inequivocamente certo, conclui-se que enquanto não surgir uma concepção que manifeste firme oposição à democracia, diante da falta de alternativas, perseverará a ideologia democrática.

Ainda sobre a análise desse regime político, diante do embate entre as teorias da integração e da oposição potencial entre Democracia e Estado de Direito (ou direitos fundamentais, já que o Estado de Direito é juridicamente vinculado ao respeito, à proteção e à promoção dos direitos fundamentais) e a despeito do conjunto harmônico existente entre esses

dois princípios, conclui-se ser incontestável a presença de conflito, que por sua vez, parece insuperável, já que divergências entre constitucionalismo e democracia ressurgem a cada novo confronto entre a liberdade individual e os interesses da maioria.

Reconhece-se que a estrutura do moderno Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual resultam exigências de igualdade e de liberdade individual, que levam ao acolhimento da regra da maioria como princípio essencial de funcionamento do sistema político. Também entende-se que, reciprocamente, a democracia exige o Estado de Direito, pois a presença dos direitos fundamentais é condição imprescindível para o seu desempenho, haja vista que diante da impossibilidade do exercício dos direitos, especialmente dos políticos, a regra da maioria falha.

Mas também observa-se que, se por um lado a maioria que ocupa o poder pode comprometer os direitos fundamentais (assim como ocorreu no Estado autocrático do século XX, quando os diferentes regimes que o constituíam convocaram o apoio majoritário da população para assegurar violações sistemáticas aos direitos fundamentais ou ainda como atualmente ocorre no Estado fundamentalista islâmico que sistematicamente desrespeita os direitos fundamentais), por outro, a força de resistência dos direitos fundamentais também pode obstar o livre exercício do poder democrático, na medida em que o Judiciário, Poder não eleito democraticamente, pode limitar ou anular a execução das decisões provenientes de órgãos legitimamente eleitos para governar. Ainda, não raramente, a minoria vencida pode, por meio de recurso judicial, alcançar posterior vitória sobre a maioria democrática, o que retrata a maior objeção institucional ao princípio da maioria.

Assim, conclui-se que os direitos fundamentais, que se encontram na área de competência negativa do legislador democrático, revelam natural vocação contramajoritária.

Percebe-se, então, que o Estado de Direito revela sua força em relação ao conceito de democracia quando os direitos fundamentais socorrem a posição minoritária, normalmente sujeita à pressão, tendencialmente tirana por parte da maioria, proporcionando à minoria isolada (ou ao indivíduo) igual dignidade e acesso às mesmas oportunidades que dispõem os demais concidadãos.

Findada a análise em torno do princípio democrático, passam-se às percepções sobre a proposta de aplicação da ideia dos trunfos, nos termos concebidos pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais, ao caso concreto em análise.

Conclui-se ser adequada e vantajosa a utilização da metáfora dos trunfos aos direitos fundamentais dos presidiários, grupo minoritário e repudiado pela sociedade, no Estado de

Direito democrático brasileiro, que reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana e garante a vinculação e a indisponibilidade dos direitos por parte do Estado e de suas entidades públicas.

Entendendo-se que os direitos fundamentais equivalem a posições jurídicas individuais contra o Estado, conclui-se que ter um direito fundamental implica desfrutar de um trunfo contra o Poder democraticamente legitimado.

Assim, ainda que o cenário majoritário adote um posicionamento que lesione ou anule a autonomia ou o bem-estar individual, a regra da maioria não invalida o princípio de Estado de Direito. As áreas resguardadas por um direito fundamental não cedem ao discurso da legitimidade democrática da maioria.

Em Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, o espaço de autonomia e a liberdade individual não podem ser restringidos pela maioria estabelecida democraticamente, que deve tratar todos, independentemente de valorações pessoais, com a mesma dignidade e consideração.

Os embasamentos jurídicos da concepção dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria são a constitucionalização dos direitos e a garantia da sua efetividade, uma vez que somente por meio do reconhecimento do alcance e da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais é que se concretiza o pleno desenvolvimento das garantias de liberdade e autonomia individuais.

Logo, também depreende-se que a concepção dos trunfos ampara todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, inclusive os direitos sociais nos países que os reconhecem como direitos fundamentais constitucionais.

Assim, conclui-se que a concepção dos trunfos, diante do princípio da igual dignidade da pessoa humana, funciona como limitação aos poderes públicos, em decorrência da força constitucional dos direitos fundamentais.

Consubstanciados esses entendimentos provenientes do conteúdo exposto no segundo capítulo, também percebe-se que ainda é necessário relevante esforço para que os direitos das minorias se tornem uma realidade para seus membros. A despeito de terem sido revelados pela História inúmeros casos que evidenciam que a discriminação das minorias e o menosprezo das suas necessidades legítimas podem acarretar graves conflitos humanitários, ainda persistem fortes violações aos direitos fundamentais de pessoas pertencentes a esses grupos, como revelado no caso concreto em análise, diante do tratamento desumano conferido aos presos: grupo vulnerável e repudiado pela sociedade.

A gravíssima questão da sistemática violação de direitos fundamentais instalada no sistema carcerário do país invoca a função contramajoritária, atribuída ao Supremo Tribunal Federal em Estado de Direito democrático, que legitima a proteção das minorias e grupos vulneráveis.

* * *

Do terceiro capítulo, no qual foi observado como permeou a questão da separação de poderes na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), pode-se considerar, inicialmente, que a constituição do Estado social e democrático de Direito do século XX, além de dar continuidade ao legado fundamental do Estado de Direito liberal, adapta-se a novos valores, alterando substancialmente seus elementos no que se relaciona às percepções sobre direitos fundamentais e divisão de poderes.

Depreende-se que as maiores mudanças na área dos direitos fundamentais relacionam-se: à inclusão, em seu elenco, dos direitos positivos de cunho social, que passaram a demandar intervenção positiva estatal com o objetivo de atribuir-lhes realidade existencial; à reinterpretação dos próprios direitos, liberdades e garantias tradicionais do Estado liberal, cujo exercício passa a ser condicionado por uma nova ideia de integração comunitária e vinculação social; ao entendimento de que a consolidação das regras democráticas é condição imprescindível à existência do Estado de Direito; ao surgimento dos novos tipos de direitos respeitantes à corresponsabilidade social e às exigências de solidariedade universal, como os direitos das minorias sociais; à concepção de que os direitos fundamentais são entendidos como direitos de defesa e valores que se impõem a toda a sociedade.

Quanto à separação de poderes, infere-se que apesar de ter sofrido as transformações decorrentes da evolução para um novo tipo histórico de Estado, conservou as características e os fins essenciais presentes no Estado liberal. Contudo, a anterior postura de rígida divisão das funções legislativa, executiva e judicial foi superada, se é que, de fato, existiu essa separação inflexível.

O entendimento contemporâneo revela, essencialmente, distribuição e integração das funções e órgãos do Estado, o que proporciona a limitação de um suposto exercício arbitrário e a maior eficiência da atuação estatal, com a devida observância aos direitos e liberdades fundamentais. A ampliação das atividades do Estado de Direito democrático estabeleceu novo modo de relacionamento entre os órgãos de Poder, que pode ser melhor retratado por meio da expressão *colaboração de poderes*.

Denota-se que a reavaliação das relações entre política e jurisdição atribuiu ao Poder Judiciário o controle da conformidade constitucional dos atos legislativos e de alguns atos políticos. Anteriormente, caso direitos e interesses dos particulares sofressem lesão em decorrência de violação da lei por parte da Administração, a eventual anulação de atos administrativos ilegais somente seria possível por meio de recurso à justiça administrativa, única forma existente de controle da legalidade da atuação administrativa.

A necessidade imperiosa de proteção dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais contra as ocasionais violações executadas, na forma de lei, pela Administração, bem como pelos órgãos legislativos e políticos, acabou por impor a consagração do caráter formalmente superior das normas constitucionais em relação às leis ordinárias e, conseqüentemente, a necessidade do controle da constitucionalidade das leis realizado por tribunais comuns ou por aqueles especialmente criados para esse fim: os tribunais constitucionais ou supremos tribunais.

Da abordagem sobre o aprimoramento da dimensão pluralista e democrática, conclui-se que o ambiente democrático é exigência do contemporâneo Estado de Direito, que somente consegue realizar e proteger plenamente os direitos fundamentais com o reconhecimento integral dos direitos de participação política.

Então, a nova concepção adequada às modificações econômicas e sociais democraticamente decididas, denominada de Estado social e democrático de Direito, revela a vinculação estatal com o objetivo de garantir os direitos fundamentais do homem e promover as condições do livre desenvolvimento da personalidade individual.

Ainda infere-se que a evolução do processo de socialização do Estado implica controle do Poder pela sociedade, contemplando o reconhecimento da intervenção legítima de interessados e organizações sociais nas decisões políticas, bem como a vinculação das instituições às decisões democráticas da sociedade.

Nesse sentido, conclui-se que a inclusão dos direitos sociais nas Constituições também demonstra uma transformação universal na concepção dos deveres estatais no âmbito dos direitos fundamentais.

O tradicional dever estatal de respeito continua a exprimir a obrigação de abstenção do Estado que, diante das inovações, associa-se, agora, às determinações de atuação positiva, originando ao particular direitos negativos e positivos, ambos norteados pelo respeito ao direito fundamental. Assim, caso ocorra impedimento ao exercício de um direito fundamental, o dever de respeito, além de exigir do Estado um dever de abstenção, determina, também, uma atuação positiva para remover o obstáculo.

Quanto ao clássico dever de proteção estatal, conclui-se não estar limitado à defesa das ameaças ou agressões provenientes de outros particulares, nem de entidades públicas ou privadas, nacionais ou externas. A proteção compreende assistência contra eventualidades decorrentes de causas naturais (como as catástrofes ambientais) que afetem o acesso individual aos bens resguardados constitucionalmente.

O dever estatal de proteção, apesar de se concretizar essencialmente por meio de atuações positivas, passa a compreender deveres de abstenção (de não afetação negativa), projetando-se, portanto, na perspectiva dos particulares, em direitos positivos e negativos.

Ainda, uma vez que esse dever realiza-se por meio de prestações normativas e fáticas, não raramente implica custos financeiros significativos, exatamente como retrata o julgado em análise no qual discutiu-se a escassez de recursos do orçamento público e a cláusula da *reserva do possível*.

Por fim, depreende-se que a maior modificação implícita na constituição do Estado social de Direito foi o estabelecimento do novo dever estatal de promoção dos bens protegidos constitucionalmente, que se concretiza por meio de atuações positivas e abstenções do Estado, resultando, portanto, na perspectiva dos particulares, em direitos positivos e negativos à promoção estatal de acesso aos bens protegidos constitucionalmente.

Esse raciocínio é concluído com o entendimento de que, apesar das variações relativas à dimensão principal de cada direito e da presença de direitos negativos e positivos, todos os deveres estatais de respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais alcançam tanto os direitos de liberdade como os sociais.

Adentrando-se no âmbito da positivação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro, infere-se que apesar de estar notoriamente evidenciado que a previsão constitucional dos direitos sociais não basta para assegurar uma vida digna a todos os cidadãos (nomeadamente no Brasil), percebe-se que o reconhecimento constitucional é um poderoso instrumento para uma ação concreta do indivíduo face à ausência, insuficiência ou mesmo na falta de cumprimento das políticas públicas. Defende-se que estando os direitos sociais expressamente positivados, são judicialmente exigíveis.

Todas essas percepções, nomeadamente a da constitucionalização dos direitos sociais, permitem a extensão da aplicação da concepção dos trunfos, no caso concreto em análise, aos direitos sociais dos presidiários declarados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF.

Entende-se que, assim como nos direitos de liberdade, a apreciação judicial da atuação do Estado deve ser especialmente rigorosa nos casos em que, das políticas públicas, resulte prejuízo aos grupos minoritários ou vulneráveis, como a categoria dos presidiários.

A compreensão de que o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais, em Estado de Direito, atribuiu natureza de trunfo (proteção especial) à posição jurídica individual revela uma situação de primazia face aos poderes constituídos (maioria que governa democraticamente). Nesse sentido, os direitos fundamentais permitem ao indivíduo isolado confrontar, com sucesso, o poder estatal.

Conclui-se, assim, que a ideia dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria elucida os fundamentos constitucionais que outorgam ao Judiciário o poder de questionar as razões que determinam a orientação das políticas sociais definidas pela maioria democrática, fortalecendo a função judicial de verificação do cumprimento dos deveres estatais de realização dos direitos sociais.

Expostas as conclusões no campo do Estado social e democrático de Direito, observa-se a relação entre separação de poderes e políticas públicas na ADPF 347/DF.

Destacam-se, de pronto, os entendimentos provenientes da essencial e profunda crítica à *separação de poderes*, construída pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor Doutor Eros Roberto Grau.

Diante da demonstração de que a teoria de Montesquieu têm sido interpretada equivocadamente, conclui-se que ficou evidenciado na exposição crítica do Douto Ministro o real propósito do filósofo francês: o equilíbrio entre os poderes e não a austera *separação*.

Esse entendimento resulta do diálogo entre os Poderes e da distinção entre os Poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e as funções executiva e legislativa, de outro. Logo, para se alcançar o equilíbrio, o Executivo é contemplado com funções executivas e uma parcela da função legislativa. No mesmo passo, o Legislativo, em casos excepcionais, é dotado de funções jurisdicionais.

Destacando-se que a integralidade da função *normativa* não pertence ao Poder Legislativo, mas tão somente uma fração (a função *legislativa*), conclui-se incontestável não haver hipótese de derrogação do princípio da *separação de poderes*, já que o exercício da função regulamentar pelo Executivo e da função regimental pelo Judiciário não provém de delegação de função legislativa.

Portanto, acredita-se, na linha de pensamento do Douto Ministro Eros Grau, não existir um modelo universal de *separação* ou harmonia/equilíbrio entre os poderes. Cada sociedade política se adapta a um critério particular e específico, que sempre resulta das

características peculiares da comunidade, haja vista que o Direito não é mera representação da realidade social, mas sim um nível funcional do todo social. Portanto, entende-se o princípio da *separação de poderes* em termos “relativos”.

Assumida essa postura, apresentam-se as conclusões sobre a intervenção judicial no caso de violação generalizada de direitos fundamentais.

Conclui-se pertinente a “importação” da figura do *estado de coisas inconstitucional*. Com o devido respeito às funções, pertencentes ao Legislativo e Executivo, de formulação e implementação das soluções necessárias, as determinações do Supremo Tribunal Federal na medida cautelar demandaram esforços conjuntos das instituições estatais, retirando-as da inércia.

O instituto do *estado de coisas inconstitucionais* é capaz de solucionar litígios de caráter estrutural e, embora ainda esteja em fase de desenvolvimento, acompanha o dinamismo do Direito que, por sua vez, demonstra a atual realidade do sistema prisional brasileiro: o lamentável quadro de graves violações de direitos fundamentais dos presos.

Portanto, diante desse quadro de falhas estruturais e omissões dos Poderes Estatais, a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal revela-se como único meio capaz de superar os conflitos políticos e institucionais, a ausência de coordenação entre órgãos públicos e a falta de representatividade dos presidiários.

Superado esse ponto, adentra-se nas conclusões respeitantes à efetividade material dos direitos fundamentais.

Depreende-se que os particulares e todos os órgãos do Estado são aplicadores do Direito. Os particulares, ao cumprirem uma norma, aplicam-na e, conseqüentemente, reproduzem o Direito. O Estado, ao impor o cumprimento da norma, também a está aplicando e reproduzindo o Direito.

Quanto ao Poder Judiciário, conclui-se tratar-se do último aplicador do Direito. Se há recusa por parte da Administração Pública, de um particular ou mesmo do Legislativo, a aplicação do Direito pode ser requerida em Juízo. Logo, o Judiciário é convocado pelo dever de providenciar a imediata efetividade ao direito ou garantia constitucional.

Observa-se que o texto constitucional, ao impor ao Poder Judiciário o dever de dar aplicação aos direitos e garantias fundamentais, resolveu apenas a questão da efetividade jurídica formal. Ainda reclama-se solução para o problema da efetividade jurídica material, para o qual norteiam-se as próximas conclusões.

Da exposição sobre o direito ao mínimo existencial, depreende-se tratar-se de relevante critério para a concessão judicial dos direitos sociais, além de conferir plena

legitimidade ao Judiciário para fiscalizar o cumprimento dessas prioridades pelos demais Poderes estatais.

No âmbito da *reserva do possível*, defende-se que quando estiver em causa o mínimo existencial, deve-se necessariamente reconhecer o direito subjetivo a prestações, plenamente exigível também pela via jurisdicional.

Nesse sentido, entende-se que não se trata de argumento capaz de afastar a responsabilidade do Estado no domínio das prestações que inequivocamente traduzam o mínimo existencial, uma vez que são imperativas as providências que garantem, no caso concreto, o prevalecimento da vida e da dignidade da pessoa humana.

Se se acolher o entendimento de que a *reserva do possível* resume-se ao orçamento estatal, tendencialmente, os direitos sociais deixariam o campo da realidade e existiriam somente nas hipóteses de disponibilidade dos cofres públicos.

A figura da *reserva do possível* constitui limitação econômica, à qual se sujeita a ação estatal, não devendo ser confundida com disponibilidade financeira do Estado. No embate entre a força normativa da Constituição e a autoridade do orçamento público, entende-se, e espera-se, que sempre prevaleça a norma suprema do ordenamento jurídico.

* * *

O Brasil ocupa a 79ª posição na classificação que compreende 188 países (do mais ao menos desenvolvido), conforme o Relatório de Desenvolvimento Humano promovido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento⁸³².

Fala-se de um país assinalado pela ostensiva corrupção e pela má distribuição de renda, que inevitavelmente gera marginalização e violência.

Os níveis assustadores de violência e o ambiente de medo generalizado em que vive o cidadão brasileiro é incessantemente revelado pela mídia nacional e internacional. Pode-se observar uma significativa afetação ao direito individual de liberdade diante da inviabilidade, em grande parte do país, de se caminhar nas ruas públicas sem a preocupação de que, a qualquer instante, pode-se sofrer um assalto, ou mesmo ter retirada, à revelia, a própria vida.

O ambiente de medo generalizado predomina no Brasil e acaba por fragilizar as convicções morais e filosóficas de parte da sociedade brasileira, especialmente quanto à

⁸³² Cfr. Relatório de Desenvolvimento Humano 2016, disponível em < <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf> > acesso em 02.06.2017.

igualdade e à dignidade dos indivíduos. Conforme demonstrado no estudo sobre *violência urbana, condições das prisões e dignidade humana* realizado pela Professora Doutora Ana Paula de Barcellos⁸³³, a maioria dos cidadãos não reconhece o grupo dos presidiários como seres humanos titulares de dignidade e direitos. Entendem que a dignidade da pessoa humana é atributo que pode ou não ser reconhecido, conforme o que o indivíduo faz ou deixa de fazer, a depender da gravidade do crime cometido.

Consequentemente, se não há interesse por parte da sociedade em melhorar as condições do sistema prisional, também faltam ações concretas dos representantes políticos, que se movem conforme a lógica eleitoral.

Logo, conclui-se que a responsabilidade do atual estágio de inconstitucionalidade generalizada presente no sistema carcerário brasileiro, além de ser conferido à inércia dos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e de todas as unidades de Poder (União, Estados e Distrito Federal), é, também, imputado à sociedade, que ainda não reconhece a dignidade como atributo inerente a todo ser humano.

Percebe-se que um dos principais desafios da atualidade é o investimento nos direitos sociais e na cidadania, a fim de que as promessas consagradas na Constituição brasileira, especialmente quanto à garantia de uma existência digna para todos, sejam, afinal, efetivadas.

Esse compromisso pertence tanto ao Estado como à Sociedade e pressupõe a substituição de posturas extremistas pelas concepções de colaboração e diálogo.

* * *

A sistemática violação de direitos fundamentais presente no sistema penitenciário brasileiro convocou o Judiciário a exercer o seu dever constitucional de providenciar a imediata efetividade ao direito/garantia constitucional.

Nesse exercício, que se dá em ambiente de *interdependência*, e não de *independência* de Poderes, competiu ao Supremo Tribunal Federal integrar o ordenamento jurídico, buscando soluções para dar efetividade aos direitos fundamentais.

A Corte Suprema, ao exercer o controle de legitimidade sobre a omissão do Estado na implementação de políticas públicas, cuja efetivação é-lhe atribuída por força da Constituição, atuou dentro dos limites de suas atribuições institucionais, não havendo que se falar em ofensa à *separação* de poderes, que ora entende-se como *equilíbrio/harmonia*.

⁸³³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. In Revista de Direito Administrativo, n° 254, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074> > acesso em 10 maio 2017, p. 54.

O Poder Judiciário não desempenhou funções próprias do Legislativo, nem do Executivo; não produziu ato legislativo, nem administrativo. Objetiva e restritamente, cumpriu o dever que lhe foi imposto, produzindo o Direito e assegurando a imediata exequibilidade dos direitos fundamentais da população carcerária. O Supremo Tribunal Federal não apenas *reproduziu*, mas *produziu* o Direito. Por meio de sua decisão garantiu a renovação contínua do direito e de sua aplicação.

* * *

A concepção de Constituição escrita (*fatores jurídicos*, reunidos em um papel, resultantes dos *fatores reais* do poder que conduzem uma nação) deve corresponder à realidade que demonstra a verdade do tempo presente.

Longínqua e árdua é a “luta” para a realização das condições materiais indispensáveis à concretização de todos os direitos que previu a Carta Magna.

Não basta a extensa enumeração de direitos fundamentais pela Constituição. É indispensável que toda a organização constitucional esteja orientada à garantia e promoção dessas garantias.

As condições indispensáveis para a realização dos compromissos assumidos pela Constituição devem ser fornecidas pelo Estado.

Ao Poder Judiciário cabe buscar soluções, caso a caso, para dar efetividade imediata aos direitos fundamentais.

Encerra-se esta pesquisa acadêmica com as festejadas palavras do Ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor Doutor Eros Roberto Grau, em seu necessário Ensaio sobre *Realismo e Utopia Constitucional*, que arrematam as conhecimentos adquiridos ao longo da investigação⁸³⁴ :

Buscar o impossível, isso é para o poeta ou para o revolucionário que deveria habitar em cada homem. **Mas a Constituição e o constitucionalismo não podem ser concebidos senão no quadro da realidade.** Não podem sufocar a utopia do homem amigo do homem – homens que já não se dividem em proletários e não-proletários – senão assinalar as balizas democráticas da ação dos homens e os programas a cuja concretização esta ação há de voltar-se. Desmitificar, mais do que desmitificar os direitos econômicos e sociais e a utopia da Constituição, isso é indispensável à desalienação do jurista, a quem cumpre honrá-la. (grifo meu)

⁸³⁴ GRAU, Eros Roberto. *Realismo e Utopia Constitucional*... ob. cit., p. 126.

REFERÊNCIAS

Bibliográficas

- ALEXANDRINO, José Melo. **Elementos de Direito Público Lusófono**. Coimbra: Coimbra, 2011.
- _____. **Lições de Direito Constitucional**. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Lições de Direito Constitucional**. Vol. I. Lisboa: AAFDL, 2015.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Organização de Poderes em Montesquieu. Com especial referencia à doutrina de Jorge Miranda**. In SOUSA, Marcelo Rebelo de *et al.* (coord.). **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Direito Constitucional e Justiça Constitucional**. Vol. II. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 297-315.
- ASSIS, Denise Almeida Albuquerque de; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Direitos Fundamentais e o Moderno Perfil do Juiz**. In LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (org.). **Democracia e Direitos Fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do Professor Paulo Bonavides**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 589-606.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. In Revista de Direito Administrativo, n° 254, Rio de Janeiro, 2013, p. 39-65. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074>>. Acesso em 10 maio 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Grandes transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**. 2014. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf> > Acesso em 16 fevereiro 2017.
- _____. **Supremo Tribunal Federal Brasileiro, Suprema Corte Americana e Tribunal Constitucional Federal Alemão: Algumas notas sobre as distinções existentes**. 2011. Disponível em < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/08/STF-Suprema-Corte-Corte-Constitucional_Merval.pdf > Acesso em 02 janeiro 2017.
- _____. **O Supremo Tribunal Federal em 2016: o ano que custou a acabar**. 2017. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/retrospectiva-2016-barroso-parte.pdf> > Acesso em 16 fevereiro 2017.
- BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o Litígio Estrutural**. 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural> > Acesso em 07 maio 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- _____. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.
- _____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008.
- CASSEB, Paulo. **Fundamentos da Forma de Designação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal**. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012.
- CUNHA, Luciana Gross. **Por que devemos confiar no Judiciário?** In WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 167-178.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Bahia: Juspodvim, 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.
- _____. **Rights as Trumps**. In WALDRON, Jeremy. **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University, 1984, p.153-167.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GOMES, Nancy; ESTEVES, Hermínio. **O Congresso de Viena**. Lisboa: Observare, Universidade Autónoma de Lisboa, 2008. Disponível em < <http://repositorio.ual.pt/handle/11144/1200> > Acesso em 23 março 2017.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1998 (interpretação e crítica)**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____. **Realismo e Utopia Constitucional**. In ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (org.). **Direito Constitucional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 117-126.
- GUEDES, Néviton. **Alexander Bickel e o ano do Supremo Tribunal Federal**. 2012. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2012-dez-25/constituicao-poder-alexander-bickel-ano-supremo-tribunal-federal> > Acesso em 06 fevereiro 2017.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Viriato Soromenho-Marques e Joao C. S. Duarte. Lisboa: Colibri, 2003.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 1991. Disponível em < <http://www.geocities.ws/bcentaurus/livros/h/hessenpdf.pdf> > Acesso em 27 abril 2017.
- KELSEN, Hans. **A Garantia Jurisdicional da Constituição**. In Revista Sub Judice, Justiça e Sociedade, Ideias, nº 20/21, Lisboa, 2001, p. 09-32.

- KOERNER, Andrei. **A Análise Política do Direito, do Judiciário e da Doutrina Jurídica.** In WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e Política na Democracia: aproximações entre Direito e Ciência Política.** São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 23-52.
- LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em < <http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/418/1/LASSALLE,%20F.%20O%20que%20%C3%A9%20uma%20Constituic%C3%A3o.pdf> > Acesso em 27 abril 2017.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LENZA, Pedro (coord.). **Direito Eleitoral Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **O Constitucionalismo Brasileiro ou de como a Crítica Deficiente ignora a Consolidação da Democracia.** In ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). **Lições de Direito Constitucional: em Homenagem ao Professor Jorge Miranda.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 303-309.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Introdução ao Direito. 1998, p. 3. Disponível em < http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/15/8ddd652artigo_0226.pdf > Acesso 10 maio 2017.
- MEDINA, Damares. **Supremo deveria ser guardião da Constituição, não da governabilidade.** 2016. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-dez-20/retrospectiva-2016-decisoes-stf-repetiram-instabilidade-campo-politico> > Acesso em 16 fevereiro 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MIRANDA, Jorge. **Juízes constitucionais e Parlamentos: a experiência de Portugal.** Lisboa: 2012. Acesso on-line: Instituto de Ciências Jurídicas Políticas da FDUL.
- _____. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais.** Tomo IV. Coimbra: Coimbra, vol. II, 2014.
- _____. **Manual de Direito Constitucional: Estrutura Constitucional da Democracia.** Tomo VII. Coimbra: Coimbra, vol. III, 2014.
- _____. **Teoria do Estado e da Constituição.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MOITA, Luís. Uma releitura crítica do consenso em torno do “Sistema Vestefaliano”. 2012. Disponível em < http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol3_n2/pt/pt_vol3_n2_art2.pdf > Acesso 23 março 2017.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **Do Espírito das Leis.** Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2011.
- MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino (coord.). **Compreender os Direitos Humanos. Manual de Educação para os Direitos Humanos.** Coimbra: Coimbra, 2014.
- NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. **A Magistratura como Poder.** In Revista do Advogado, São Paulo, nº 43, 1994, p. 26-30.

- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra, 2012.
- _____. **Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos**. Coimbra: Almedina, 2014.
- _____. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.
- _____. **Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra, 2010.
- _____. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2014.
- OTERO, Cleber Sanfelici. **Poder Judiciário e Democracia: são os Juízes reféns do Sistema?** In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de. **Acesso à Justiça. Uma Perspectiva da Democratização da Administração da Justiça nas Dimensões, Social, Política e Econômica**. Birigui, Boreal, 2012, p. 39-64.
- QUEIROZ, Cristina M. M. **Direito, Estado e Constituição no Limiar do Século XXI**. Coimbra: Coimbra, 2015.
- ROCHA, Nelson Célio de Mesquita. **Os Judeus e a Idade Média – Crises e Estabilidade**. 2012. Disponível em < <http://faecad.com.br/site/artigos/os-judeus-e-a-idade-media-crisis-e-estabilidades/> > Acesso em 23 março 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço dos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. 2008. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf > Acesso em 10 maio 2017.
- _____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**. In Revista de Doutrina da 4^a Região, Porto Alegre, n. 43, 1994, p. 26-30. Disponível em < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html > Acesso em 26 abril 2017.
- SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. 2009. Disponível em < <file:///Users/patriciafalcaogandra/Downloads/A+Protecao+Judicial+dos+direitos+Sociais+-+sarmiento.pdf> > Acesso em 10 maio 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. **O Estado Democrático de Direito**. In Revista de Direito Administrativo, FGV, v. 173, Rio de Janeiro, 2015, p. 15-24.
- STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de Ativismo**. 2015. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> > Acesso em 07 maio 2017.
- TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais.** In Revista de Direito Administrativo, v. 177, Rio de Janeiro, 1989, p. 29-48. Disponível em < bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271 > Acesso em 10 maio 2017.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **Controle de Constitucionalidade e Ativismo Judicial.** In WANG, Daniel Wei Liang (org.). **Constituição e Política na Democracia: Aproximações entre Direito e Ciência Política.** São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 53-73.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **A Crucificação e a Democracia.** Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

Constituições consultadas

- ALEMANHA. Lei Fundamental (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.** Tradução de Aachen Assis Mendonça. Disponível em < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> > Acesso em 29 novembro 2016.
- BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm > Acesso em 23 novembro 2016.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 10 maio 2017.
- ESPANHA. Constituição (1978). **Constituição Espanhola.** Disponível em < <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229> > Acesso em 15 fevereiro 2017.
- ITALIA. Constituição (1947). **Constituição da República Italiana.** Tradução de Província de Milão. Disponível em < [http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti di riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti%20di%20riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf) > Acesso em 14 abril 2017.
- PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> > Acesso em 15 fevereiro 2017.

Declarações, Julgados, Leis, Normas e Resoluções consultadas

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ n° 213**, 15 de dezembro de 2015, Audiências de Custódia. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059> > Acesso em 05 maio 2017.

_____. Constituição. **Emenda Constitucional n° 32**, 11 de setembro de 2001, Alteração de Dispositivos Constitucionais. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm > Acesso em 14 abril 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança **MS 1.119 / DF**, 18.12.1991, Rel. Min. Peçanha Martins. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100147699&dt_publicacao=16-03-1992&cod_tipo_documento=&formato=PDF > Acesso em 23 novembro 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental **ADPF 45-Mc / DF**, 29.04.2004, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfpa> > Acesso em 01 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental **ADPF 132 / RJ**, 05.05.2011, Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> > Acesso em 27 fevereiro 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental **ADPF 186 / DF**, 26.04.2012, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693> > Acesso em 27 fevereiro 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental **ADPF 347-Mc / DF**, 09.09.2015, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> > Acesso em 28 fevereiro 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade **ADI 3.367 / DF**, 13.04.2005, Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3367%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3367%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/awywmph> > Acesso em 13 janeiro 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade **ADI 4.424 / DF**, 09.02.2012, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143> > Acesso em 27 fevereiro 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade **ADI 5.357-Mc / DF**, 09.06.2016, Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290> >
Acesso em 27 fevereiro 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradução **EXT. 711-4**, 18.02.1998, Rel. Min. Octavio Gallotti. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324896> > Acesso em 23 novembro 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradução **EXT. 855-2**, 26.08.2004, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325004> > Acesso em 23 novembro 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal **IF 2.915-5 / SP**, 03.02.2003, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81455> > Acesso em 01 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção **MI 670-9 / ES**, 25.10.2017, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549> > Acesso em 16 fevereiro 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **RE 134.297-8 / SP**, 13.06.1995, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207731> > Acesso em 16 novembro 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **RE 154.134-2**, 15.12.1998, Rel. Min. Sidney Sanches. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211762> > Acesso em 23 novembro 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **RE 367.432-AgR / PR**, 20.04.2010, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611062> > Acesso em 08 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **RE 466.343-1 / SP**, 03.12.2008, Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> > Acesso em 18 janeiro 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **RE 543.397-AgR / PR**, 08.04.2013, Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+543397%2ENUMER%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cqlq84e> > Acesso em 08 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **RE 556.556-AgR / PR**, 26.06.2012, Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2542247> > Acesso em 08 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **RE 592.581 / RS**, 13.08.2015, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964> >
Acesso em 02 maio 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **RE 730.741-Ag / SP**, 01.02.2013, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+730741%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/c45bt9h> > Acesso em 06 abril 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança **RMS 26.071-1 / DF**, 13.11.2007, Rel. Min. Carlos Britto. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599> > Acesso em 27 fevereiro 2017.

_____. União. **Lei Complementar n° 79**, 07 de janeiro de 1994, Fundo Penitenciário Nacional. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp79.htm > Acesso em 08 maio 2017.

_____. União. **Decreto-Lei n° 2.848**, 07 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm > Acesso em 11 janeiro 2017.

_____. União. **Decreto-Lei n° 4.657**, 04 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei n° 12.376/2010, Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm > Acesso em 08 maio 2017.

_____. União. **Decreto n° 6.949**, 25 de agosto de 2009, Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm >
Acesso em 18 janeiro 2017.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 26 de agosto de 1789. Disponível em <
http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf > Acesso em 06 outubro 2016.

_____. **Edito de Nantes**, 30 de abril de 1598. Tradução de Marly Netto Peres. Disponível em <
http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edito_nantes/texto_pt_edito_nantes.pdf >
Acesso em 24 março 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, 10 de dezembro de 1948. Disponível em <
http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf > Acesso em 04 maio 2017.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO NO BRASIL. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2016**. Disponível em <
<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf> > Acesso em 02.06.2017.

Sítios da Internet consultados

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Em 10 anos, CNJ consolida sua atuação como órgão de controle do Judiciário.** Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79627-em-10-anos-cnj-consolida-sua-atuacao-como-orgao-de-controle-do-judiciario> > Acesso em 13 janeiro 2017.

_____. **Sobre o CNJ.** Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos> > Acesso em 06 dezembro 2016.

DIZER O DIREITO. **Entenda a decisão do STF sobre o Sistema Carcerário Brasileiro e o Estado de Coisas Inconstitucional.** Disponível em < <http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html> > Acesso em 07 maio 2017.

ESTADÃO JORNAL DIGITAL. **Em 7 meses de governo, Temer editou mais MPs que Lula e Dilma.** Disponível em < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-7-meses-de-governo-temer-editou-mais-mps-que-lula-e-dilma,10000099850> > Acesso em 20 abril 2017.

INFO ESCOLA, NAVEGANDO E APRENDENDO. **História/New Deal.** Disponível em < <http://www.infoescola.com/historia/new-deal/> > Acesso em 17 janeiro 2017.

PALÁCIO DO PLANALTO, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Portal da Legislação.** Disponível em < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias/medidas-provisorias-2015-a-2018> > Acesso em 20 abril 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=481> > Acesso em 28 fevereiro 2017.

_____. **Notícias STF – Direto do Plenário: STF concede liminar em ação que discute Emenda Constitucional 88/2015.** Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292036> > Acesso em 02 janeiro 2017.

TRIBUNAL REGIONAL DE SANTA CATARINA. **Eleições Majoritárias e Proporcionais.** Disponível em < <http://www.tre-sc.jus.br/site/eleicoes/eleicoes-majoritarias-e-proporcionais/> > Acesso em 27 março 2017.